الموسوعة القانونية
للإستثمارات والعقود الدولية
وثائق وبحوث
(٤)

التعاقد الدولى
وتجهيز مشروعات التنمية

ضمان المستحقات

د . نعيم عطية
نائب رئيس مجلس الدولة السابق
مستشار الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية السابق
أستاذ القانون العام
مستشار قانونى ومحام لدى محكمة النقض



الناشر
دار النهضة العربية بالقاهرة

الموسوعة القانونية
للإستثمارات والعقود الدولية
وثائق وبحوث
(٤)

التعاقد الدولى
وتجهيز مشروعات التنمية

ضمان المستحقات



د . نعيم عطية
نائب رئيس مجلس الدولة السابق
مستشار الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية السابق
أستاذ القانون العام
مستشار قانونى ومحام لدى محكمة النقض

الإهـــداء

إلى ذكرى الراحل الكريم

العميد الدكتور حسن بغدادى

أول من فتح أعيننا على الجوانب الدولية
لعلاقات القانون الخاص

ن . ع

مقـــدمــة

أن أخشى ما يخشاه المتعاقد ان ينكص المتعاقد الأخر عن اداء التزماته التى يحمله بها العقد المبرم بينهما ، وبخاصة إذا ما كانت الظروف التى يبرم فى خضمها العقد مما يعرض المتعاقد لاخطار جسام ، قد تفضى إلى إيقاع خسائر ضخمه به .

ان التجارة الدولية فضلا عن إنها تفتح الباب أمام صفقات ضخمة ومعقدة التنفيذ ، فانها أيضا تفتح الباب أمام الأخطار الكبيرة التى يضعها المقاولون المتعاقدون على تجهيز المشروعات الدولية موضع اعتبارهم . ولهذا فان عقود المقاولات الدولية المتعلقة بتجهيز المشروعات الكبيرة سواء بتوريد البضائع والخدمات أو بالانشاءات العامة ، تكترث كثيرا بأن تنظم فى نصوصها ضمانات هذه العقود ، والتأمين ضد الأخطار ، فضلاً عن العناية بإيضاح كيفية أداء سعر العقد والعملة التى سوف يؤدى بها ، وذلك على الأخص نظراً إلى أن عقد المقاولة (أعمال مدنية – خدمات – سلع) هو بصفة عامة من عقود المدة ، وقد يستغرق اتمام تنفيذه فترات زمنية ، وإن كان متفقا عليها ، إلا أنها لن تكون قصيرة ، مما يجعل العقد معرضا وخاضعا لتقلبات السوق وأسعار الصرف الأجنبى ، ومن ثم تعن الحاجة فى مثل هذه العقود إلى أن تضبط نصوص العقد وموضوعات تسديد الثمن ودفع المستحقات ، وتحديد العملة المتعامل بها ، وتثبيت السعر الذى يجرى التعامل عليه . وكل ذلك على نحو يتسم بأكبر قدر من الوضوح ، حتى يأمن المتعاقدان الوقوع فى منازعات قد تكبدهما مصاريف كبيرة ، هما على أى حال فى غنى عنها . وعلى ضوء ذلك ، نجد أن العبء الذى يقع على رجال القانون الذين يستعان بهم فى صياغة عقود

المقاولة الدولية هذه سوف يكون عبئا لا يستهان به ، وأن كان سوف يشاركهم فى القيام به على أى حال فريق من الاخصائيين فى شئون المال والتجارة والصناعة والتكنولوجيا وغيرها بحسب الأحوال .

الا أن ممارسات التجارة الدولية قد أوصلت على أى حال إلى التعرف على حلول لعديد من التساؤلات التى قد يصطدم بها المشتغلون بمثل هذه العقود ، سواء فى مرحلة الإعداد أو فى مرحلة التنفيذ ، أو عند وقوع الخلاف والمنازعة ، وليس ذلك إحتمالا غير وارد على أى حـــال ، وقد تصدت أيضا بعض وثائق التجارة الدولية الصادرة عن هيئات دولية معترف بها ، كغرفة التجارة الدولية بباريس ، لوضع صيغ وحلول ملائمة لهذه الموضوعات ولا يجوز للدارس لعقود التجارة الـــدولية أو المشتغل بها تجاهلها ، ومن ثم يجدر التصدى بالاستيعاب والفهم لما أوردته مثل هذه الوثائق ، ولو بالاستعراض السريع لها بحسب أمكانيات هذه الدراسة .

الفصل الأول

السعر والعملة

سعر الصرف الأجنبى :

تجلب التجارة الدولية ، بإعتبارها تعاملات بين بلاد ذات عملات مختلفة عنصراً أقتصادياً جديداً ، هو « سعر الصرف الأجنبى » وهو سعر الوحدة من النقد الأجنبى مقدراً بوحدات من العملة الوطنية .

ومن المقرر إن إستيراد السلع من أحد البلاد الأجنبية يحتاج عادة إلى عملة هذا البلد الأجنبى . ومن ثم تزيد الواردات من الطلب على العملات الأجنبية وتزيد أيضًا من عرض العملة الوطنية فى الأسواق العالمية ، مما يؤثر على سعر الصرف الأجنبى . وكأى سلعة يتحدد سعر العملة الوطنية بالنسبة للعملات الأجنبية تبعًا لمقدار المطلوب والمعروض منها فى الأسواق الأجنبية . والسعر الذى يتحدد للعملة الوطنية على هذا النحو ، أى تبعًا لاعتبارات العرض والطلب هو ما يسمى « سعر الصرف الحر » . وهو ما يعول عليه فى معاملات التجارة الدولية أكثر مما يعول على ذلك السعر الذى تحدده السلطات النقدية فى الدولة لعملتها ، وهو ما يسمى « سعر الصرف الرسمى الثابت » .

ونظراً للتقلبات التى تتعرض لها أسعار الصرف الأجنبية تبعًا لإعتبارات عديدة ومتنوعة ، ولا يمكن لزامًا إحكام السيطرة عليها من جانب السلطات النقدية الرسمية فى الدولة ، فإن السعر فى عقد المقاولة الدولى ، يشكل عنصراً يلقى أشد الإهتمام من جانب عارضى السلع والإنشاءات والخدمات الذين سوف يتعاقدون على تزويد مشروعات التنمية بها فى بلدان تختلف عن بلدانهم وكثيراً ما يتعرض سعر الصرف الأجنبى بالنسبة لعملات هذه البلدان للإنحدار والتقلب . كما يثير عنصر السعر فى عقود تجهيز مشروعات التنمية الدولية ، والعملة التى يؤدى بها ، إنشغال هيئات التمويل الأجنبية والدولية التى تقوم باقراض البلدان التى بحاجة إلى تجهيز مشروعاتها التنموية بالإعتمادات التى تمكنها من الحصول على السلع والإنشاءات والخدمات اللازمة من مقاولى البلدان المتقدمة .

وعلى ضوء اعتبارات سعر الصرف الأجنبى ، وتبعا لتقلبات السوق نستطرد فيما يلى إلى دراسة بعض إنعكاسات ذلك على تحديد السعر فى عقود تجهيز مشروعات التنمية الدولية .

ويجب بادىء ذى بدء ان تحدد وثائق المناقصة بوضوح ما إذا كانت الاسعار سوف يكون التناقص عليها كأسعار ثابتة أم كأسعار متغيرة . أو بعبارة أخرى هل تكون الأسعار التى يتقدم بها مقدم العطاء أسعار لارجعة فيها ولا تبديل مهما كانت الظروف والأحوال ، أم أن مقدم العطاء يضع فى إعتباره أن تتغير الأسعار (أرتفاعا على الأخص) تبعًا لتقلبات السوق . فيكون من حقه أن يطلب من صاحب المشروع أن يدفع اسعاراً معدلة تبعاً للظروف الاقتصادية المتغيرة التى سوف تطرأ مستقبلاً على مدى زمن تنفيذ العقد . ويمكن ان تتضمن التعليمات الموجهة من صاحب المشروع إلى المتقدمين بالعطاءات تفاصيل ما يدخل فى حسبانه بالنسبة لقياس الأسعار التى سوف يلتزم بها وحسابها ، أو قد يضمن صاحب المشروع هذه التفاصيل فى شروط العقد .

الثمن المحدد والثمن المتغير :

وعندما تكون البضاعة المشتراة متفقًا على تسليمها فى فترة قصيرة فان المشترى يطلب من المتناقصين عادة أن يتقدموا بعطاءاتهم على أســـاس سعر ثابت أو محدد ، وعندئذ يظل السعر الذى عرضه البائع أو المورد ثابتاً غير قابل لأى تغيير ، وذلك بصرف النظر عن التقلبات غير المنظورة فى التكلفة . وعلى البائع أو المورد فى ظل التزامه بالثمن المحدد أو الثابت يقع عبء التغيرات غير المتوقعة فى الأحوال الاقتصادية المؤثرة فى الأسعار ، وازاء ذلك فان مقدم العطاء على أساس السعر الثابت يجب عليه ان يقدر حين يحدد سعر عطائه الاحتمالات الواردة بالنسبة لارتفاع الأسعار ، ويدخلها فى الثمن الذى يحدده فى عطائه ، وعندئذ فان السعر الذى سوف يتقدم به لصاحب المشروع سوف يكون مراعى فيه فروق الأسعار المحتملة فى الفترة الزمنية التى سوف يتعاقد على التوريد أو تسليم البضاعة خلالها ، وذلك لأنه لن يكون

من حقه بعد ذلك ان يتنصل من السعر الذى التزم به أو يطالب المشترى بأن يتحمل كلاً أو بعضاً من الزيادة الطارئة فى الأسعار .

والعطاءات على أساس أسعار ثابتة ميسرة فى التقييم والمقارنة فيما بينها وسهلة فى أعداد ميزانياتها . كما ان العقد المتولد عن مناقصات الأسعار المحددة سهل فى تنفيذه ، وفى الرقابة على اجراءات التنفيذ . وعلى أى حال ، فان الزيادة فى الأسعار لا تكون محل توقيع ، ومن ثم لا تكون موضع اعتبار بالنسبة لعقود البيع أو التوريد قصيرة المدة . ولهذا فإنه كقاعدة عامة يكون أستخدام عقود الثمن المحدد مستحبا عندما يكون التسليم أو دفعات التوريد متوقعة التنفيذ خلال سنة فى الأوقات العادية ، ويلاحظ عملا أن أغلبية البضائع والمعدات النمطية تشترى بعقود السعر المحدد .

وعلى أى حال ، ففى مشروع تجهيز مصنع إذا اقتض الأمر تزويده بمعدات على دفعات يستغرق توريدها أو تصنيعها مدة أطول من سنة ، يكون من الأفضل للمشترى ان يدعو المتناقصين إلى التقدم بعطاءاتهم على أساس سعر محدد ولكنه أيضاً فى الوقت ذاته قابل للتعديل كى يتفق مع التغيرات فى تكلفة العمالة والمواد المصنعة ، وذلك وفقا لصيغة تتضمنها شروط العقد . وفى هذه الحالة ، فإن المورد يمكنه أن يتقدم بأقل سعر ممكن مبنى على التكلفة التجارية ، مع التأكد من أن أى زيادة تطرأ على التكلفة أثناء فترة تنفيذ العقد سوف يعوض عنها كاملاً . وبالمثل ، فإن أى إنخفاض فى التكلفة سوف يخول المشترى أن يعدل اسعار العقد بالنقصان .

وبالنسبة لعقود الأشغال العامة الكبيرة ، فإن التنفيذ يطول عادة إلى أكثر من سنة على ميعاد تقديم العطاءات . ومن أجل ذلك ، فإن الثمن المتغير أى القابل للتعديل هو القاعدة المألوفة فى التعامل . ويجرى ادراج نص على الالتزام بقاعدة الثمن

المتغيـر فى عقـود الأشغال العامة المجهزة من خلال إجراءات مناقصة دولية ، مادام أن المقاولين الأجانب سوف يصعب عليهم تقدير معدلات التضخم المستقبلة فى بلدان المتعاقدين معهم .

وعلى الرغم من هذه الاعتبارات ، فان عديدا من الحكومات لازالت تفضل عقود الثمن الثابت على عقود الثمن المتغير ، وذلك لسهولة إعداد ميزانيات المشروع . ولكن هذه الحكومات بذلك ، يغيب عليها أن الموردين ومقاولى البناء الذين يقدمون عطاءاتهم على أساس السعر الثابت ينزعون إلى الزيادة فى عروض أسعارهم لمواجهة احتمالات زيادة التكلفة . والواقع إنه على المدى الطويل ، فإن العقود الكبيرة التى تقدم عطاءات أسعارها على الأساس المتغير تفض عادة إلى أسعاد ختامية أقل إنخفاضًا عن تلك التى تقدم عطاءات أسعارها على الأساس الثابت .

عقود توريد البضائع والمعدات :

وكما سبق أن أوضحنا فيما تقدم ، فان قاعدة الثمن المتغير بالنسبة للعطاءات هى أفضل أسلوب للمشترى أن ينتهجه عادة كلما زاد حجم مشترياته من البضائع أو المعدات . وقد يعتبر من قبيل التسمية الخاطئة أن يطلق على هذا « معادلة الزيادة فى الأسعار » ما دام إنه يمكن على مدى سريان العقد أن ينجم تخفيض فى أسعار العقد أيضا ، وليس زيادتها فحسب وذلك إذا طرأ انخفاض فى تكلفة الواحدة أثناء تنفيذ العقد ، كما يحدث كثيرا ، ولذلك كان من الأنسب أن يطلق على هذا « معادلة التباين أو الأختلاف فى الأسعار » . والمعتاد أن تأخذ معادلة التباين الصيغة الآتية :

$$س َ = س \{ أ + ب \frac{خ َ}{خ} + جـ \frac{ع َ}{ع} \}$$

وذلك على الأساس التالى :

سَ = السعر المعدل ، أى السعر المؤدى يوم الدفع

س = سعر العقد (السعر الأساسى) أى السعر المتعاقد عليه ، أى السعر يوم العقد

خ = معامل الحساب الأساسى المقابل للخدمات (على سبيل المثال ، الصلُب الذى صنعت منه البضاعة) على ما هو عليه قبل ثلاثين يوما من تاريخ أقفال باب المناقصة .

خَ = معامل الحساب المقابل للخامات يوم تنفيذ العقد (على سبيل المثال ثلاثة أشهر سابقة على شحن البضائع المتعاقد عليها أو متوسط مدة التصنيع) .

ع = معامل الحساب الأساسى لتكلفة الأجور للصناعة المتعاقد عليها ، على ماهى عليه ثلاثين يوما سابقة على تاريخ أقفال باب المناقصة .

عَ = معامل الحساب المقابل لتكلفة الأجور يوم تنفيذ العقد (على سبيل المثال ، ثلاثة أشهر سابقة على شحن البضائع المتعاقد عليها أو متوسط مدة التصنيع) .

وينقسم سعر العقد (س) فى المعادلة السابقة إلى ثلاثة مكونات :

أ = نسبة المصاريف السارية (الادارية) بالأضافة إلى نسبة الربح فى سعر العقد . وهذا المكون غير ممكن تعديله ، أى غير قابل لتحريكه زيادة أو نقصانا بحسب تغير ظروف العقد المستقبلة ، ولهذا فهو يسمى بالمكون الثابت .

ب = نسبة تكلفة الخامات فى قيمة العقد الكلية ، أى فى سعر التعاقد .

جـ = نسبة تكلفة العمالة فى سعر التعاقد .

$$\text{أ} + \text{ب} + \text{جـ} = \frac{١٠٠}{١٠٠}$$

والمكون الثابت (أ) يمكن أن يختلف حجمه تبعا لطبيعة البضاعة وعلى أى حال ، فإن مدى هذا المكون يتراوح عادة بين $\frac{٥}{١٠٠}$ و $\frac{١٥}{١٠٠}$ ومع افتراض ان التكفة سوف تتزايد ، فان الموردين يفضلون بطبيعة الحال ان يكون هذا المكون أقل نسبة فى رقم التكلفة ، مادام ان هذا المكون لن يكون قابل للتعديل . ولذات هذا السبب أيضا ، يكون من صالح المشترى أى المستورد أن يكون هذا التكوين مقدرا بأعلى نسبة فى حجم التكلفة .

أما المكون الثانى (ب) وهو المكون المادى ، فهو قابل للتعديل تبعا لمعامل حساب الخامة الأساسية الداخلة فى تصنيع السلعة .

وعلى الرغم من ان خامات آخرى ، مثل اللوالب النحاسية والمشابك والأجزاء البلاستيك أو الدهانات تكون قد استخدمت فان معامل حساب الصلب يتخذ لينوب عن كل هذه الخامات الداخلية فى التصنيع ، وذلك إذا كانت المادة الخام الاساسية المستخدمة هى الصلب . وعلى أى حال ، ففى حالة وجود خامتان أو ثلاثة رئيسية وتكون أسعارها حاسمة بالنسبة للتكلفة الأجمالية للمنتج ، فإن المكون المادى يقسم إلى مكونين أو ثلاثة مكونات فرعية تتخذ معاملات لحساب المقابل .

أما مكون العمالة (جـ) فهو عادة يعدل على أساس من المعامل لحساب صناعة واحدة (وعلى سبيل المثال ، صناعة إنتاج الصلب) وفى حالات نادرة يمكن أن يجزأ المعامل لحساب تكلفة العمالة إلى مكونات فرعية ، وذلك عندما تمثل هذه المكونات تكلفة أكثر أنضباطا وتضفى على عملية التعديل مزيداً من الدقة .

والمعدلات القياسية تستقى عادة من النشرات الحكومية ، مثل احصاءات وزارة العمل ، أو منشورات هيئات مثل غرفة التجارة الدولية . وفيما يلى نورد معادلة أكثر تفصيلا لعقد توريد مصنع كامل قائم على أكثر من مكون مادى وعمالى :

$$\text{سَ} = \text{س} \left[\text{أ} + \text{ب} \frac{\text{خَ صَ}}{\text{خ ص}} + \text{جـ} \frac{\text{خَ نَ}}{\text{خ ن}} + \text{د} \frac{\text{خَ لَ}}{\text{خ ل}} + \text{هـ} \frac{\text{عَ كَ}}{\text{ع ك}} + \text{و} \frac{\text{عَ لَ}}{\text{ع ل}} \right]$$

وذلك بمراعاة الأيضاحات التالية :

خَ صَ / خ ص = معدلات خامة الواح الصلب

خَ نَ / خ ن = معدلا خامة النحاس الالكترونى

خَ لَ / خ ل = معدلات خامة البلاستيك العازل

عَ كَ / ع ك = معدلات عمالة صناعة الكهرباء

عَ لَ / ع ل = معدلات عمالة صناعة البلاستيك

أ = نسبة مقابل المكون الثابت فى سعر العقد

ب ، جـ ، د = نسبة تكلفة كل من هذه المكونات المادية فى سعر العقد

هـ ، و = نسبة تكلفة كل من هذين المكونين العماليين فى سعر العقد

وقد أدت عديد من الجمعيات والنقابات المهنية معادلات مقبولة بصفة عامة لمعدلات تعديل أسعار منتجاتها ، ومن الامثلة على ذلك « الجمعية البريطانية لارباب الصناعات الكهربائية والمشاركة » التى أصدرت معادلات للكابلات الكهربائية .

وثمة أمر أخر يجب أن يبت فيه ، وهو ما إذا كانت معادلة التعديل سوف يقررها المشترى أم يقررها البائع :

(أ) فإذا كان المشترى هو الذى يقررها فإن وثائق المناقصة يجب أن تحدد المعادلة التى سوف تطبق على أصحاب العطاءات جميعا . وعند تقييم العطاءات فإن المقارنة بينها تقتصر على المقارنة بين الأسعار الأساسية

وحدها بدون السماح بأى تعديل فى الأسعار وهذا هو الأجراء الذى توحى به لوائح عديد من هيئات التمويل الدولية ، وفى مقدمتها البنك الدولى

(ب) وإذا كانت المعادلة نمطية موصى بها من قبل جمعية مهنية بالنسبة للمنتج المزايد عليه ، فإن هذا يسهل الأمور كثيراً ، ولا يدع مجالا كبيراً لنشوء مشاكل .

(جـ) أما إذا كان الشراء محل البحث ليس مما يغطيه مثل هذه المعادلات النمطية ، فإن على المشترى أن يعد معادلة يضمها وثائق المناقصة . وإذا نص فى وثائق المناقصة على معادلة موحدة التطبيق على المتناقصين كافة ، فانه يجب ان يكون ملحوظا ان توزيع التكلفة بين مكون الخامة ومكون العمالة ليس بلازم أن يكون واحدا بالنسبة لكل متناقص . وعلى سبيل المثال ، فإن صانعا فى الولايات المتحدة قد تكون تكلفة العمالة عنده أعلى بكثير مما هى عند منافسه اليابانى . على ان كل متناقص يجب أن يثبت فى عطائه سعره على النحو الذى يتناسب مع المعادلة المذكورة فى وثائق المناقصة .

والأسلوب البديل لذلك هو ان يطلب من المتناقص (البائع) أن يحدد فى عطائه المعادلة التى يريد ان يتعامل على أساسها . وعندئذ ، فان المتناقص قد يطالب أيضا بان يحدد أقصى تعديل للسعر سوف يسمح به ، وأثناء أجراء المقارنة بين العطاءات فانه يفترض أن السعر وقد زيد إلى الحد الأعلى من أجل المقارنة وأختيار أرخص العطاءات سعرا .

عقود الأشغال العامة :

لا تختلف معايير تحديد السعر فى عقد من عقود الاشغال العامة أساسا عن معايير تحديده فى عقد من عقود شراء البضائع ، فإن للسعر فى عقد من عقود الأشغال العامة بدوره مكونات ثلاثة هى مكون ثابت ، ومكون مادى ، ومكون العمالة . على أنه ، كلما زاد المشروع الذى ينصب عليه عقد الأشغال العامة حجما وتعقيدا كلما زادت إجراءات تحديد السعر طولا وتفصيلا . ويدخل فى المقومات التقليدية لتكلفة عقد الاشغال العامة الحديد المسلح ، والأسمنت والخشب ، والأخلاط ، وفولاذ الانشاءات ، ومنتجات البيتومين ، والاستهلاكات فى الموقع والمعدات . وبالمثل ، فان العمالة قد تتألف من عمالة عادية ، وصناع مهرة ، ومهندسين قائمين بالاشراف . ويدخل فى الاعتبار عند تحديد الثمن ، الفترات الزمنية التى تؤدى عنها الدفعات الدورية . فيحسب مقابل هذه المقومات بمراعاة تلك الفترات الدورية .

وعندما تكون التكلفة كلها مدفوعة فى البلد الذى تنفذ فيه الاشغال فان الأسعار سوف تبنى على قوائم الأسعار المقررة من جانب الحكومة المحلية أو غرفة التجارة فى ذلك البلد . على انه بالنسبة لأغلب مقاولات الانشاء الكبيرة المجهزة من خلال مناقصات تنافسية دولية ، يكون جزء من التكلفة أجنبيا لتغطية نفقات مثل استيراد المواد الأولية الضرورية للمشروع التى تكون غير متوافرة محليا ، واستيراد الوحدات الصناعية ، والمعدات المتعاقد على انشائها ، والمرتبات المدفوعة للمهندسين غير المحليين والمستجلبين للمشروع . وفى هذه الحالة ، فان الاجراء الأمثل هو الاقتداء بالنسبة لكل مقوم من مقومات التكلفة الاجنبية بقائمة أسعاره فى البلد الذى يصدر عنه ذلك المقوم ، فاذا كان بالأمكان الفصل بين المقوم الأجنبى والمقوم المحلى فى الصياغة المقدمة لمعادل التكلفة (وذلك متى كان ذلك المقوم الأجنبى قابلا لتبينه

وتمييزه ، كما لو كان الهيكل الفولاذى للمصنع والمعدات سوف تستورد بينما سوف تجهز بقية المقومات محليا) فان ذلك المقُوم الأجنبى وحده هو الذى يراعى فى تقدير الأسعار الأجنبية ، وعلى وجه التحديد أسعارها فى بلد المصدر ، أما باقى المقومات ، وهى المحلية ، فسوف يراعى فيها القوائم المحلية . على أن التعرف على هذا وذاك من مقومات التكلفة لهو أمر من النادر أن يكون سهلا . وعلى سبيل المثال ، فان الوقود قد يكون متوافراً محليا بالنسبة للمقاول ، ولكن ليس بالكمية الكافية لسد احتياجات المشروع برمته . ولهذا ، فانه لاداء بعض الأعمال سوف يكون ملزما باستيراد بعض الوقود . كما أن المصنع المتعاقد على انشائه قد يكون متضمنا لمقومات أجنبية وأخرى محلية تختلف نسبتها إلى بعضها بإختلاف الحالات . وهكذا فإن المعالجة المثلى للوصول إلى تحديد أفضل لسعر المشروع قد تقتضى تخصيص صياغة معادلة للتكلفة المحلية ، وصياغة أخرى معادلة للتكلفة الأجنبية ، فهذه الطريقة الثنائية تساعد على التوصل إلى تحديد أكثر دقة للتكلفة الإجمالية .

وإذا تضمن المشروع عددا من العمليات غير المتماثلة فى أنماطها مثل فحوص التربة ، وتجهيز الاسمنت وتوريد الطوب ، وأقامة الكبارى وتجفيف الأرض ، فأن محاولة تجزئة الكم الإجمالى للعقد إلى تكاليف جوهرية ووضع معادلة تعديل أسعار سوف يكون أمر شاقا ولن تكون النتيجة على طول الخط صحيحة . وفى هذه الحالة فأن أفضل معالجة لذلك هو إعداد معادلة مستقلة لكل نمط من العمليات . على ان تكون هذه التجزئة مرتبطة بجدول الكميات والفئات . وهو الجدول الذى توصف فيه كمية الأعمال المتعهد بتنفيذها ونوعياتها .

وفى عقود الأنشاءات الكبيرة المبرمة فى ظل مناقصات تنافسية دولية تقع مهمة إعداد معادلة تصويب السعر على عاتق المهندس الاستشارى الذى يأخذ على عاتقه إعداد وثائق تفصيلية للأعمال التى تنصب عليها المناقصة وهو يتبع فى إعداد تلك المعادلة التى قد يترتب عليها إعادة تسوية السعر الخطوات التالية :

(أ) تحليل المدخلات اللازمة لتنفيذ الأعمال ، وتحديد ما إذا كان الأنسب وضع معادلة واحدة أو أن الأمر يقتضى أكثر من معادلة .

(ب) معرفة نسبة أهمية المدخلات إلى التكلفة الكلية للأعمال وتوزيع المدخلات المحلية والأجنبية ، وتحديد ما إذا كان يلزم إعداد معادلات منفصلة عن كل من التكاليف المحلية والتكاليف الأجنبية .

(جـ) أختيار الاسس التى ستمثل المدخلات الرئيسية .

(د) تحديد شريحة ثابتة ومناسبة من سعر العقد ، ومدى الأسس الصالحة لفعالية المدخلات (الأسهامات) المختلفة .

(هـ) تحديد المعدلات التى يجب أن يشار إليها من قبل المتناقصين وإلى أى حد يجب أن تثبتها وثائق المناقصة أو تراجع وقت توقيع العقد .

(و) تحديد مدى تطبيق المعادلة .

(ن) تحديد أنواع أسعار الصرف الأجنبية التى يمكن أن تجرى على ضوئها معادلة التصويب ، إذا لزم الأمر .

تصويب أو تسوية السعر بناء على أدلة مستندية :

فى حالة مالا تكون هناك معدلات للأسعار يعتمد عليها ، فإن أسلوب المعادلة لن يمكن استخدامه . وفى هذه الظروف ، فإن تعديل السعر سوف يجرى على أساس أدلة مستندية . وأيضا ، عندما يكون سعر الخامة الأساسية محدداً بقانون أو لائحة حكومية فمن الاسهل والاوقع أن يجرى التعديل السعرى بابتنائه على الاسعار الفعلية المدفوعة مقابل الخامات والعمالة . ويمكن اتباع اسلوب مماثل بالنسبة للزيادة فى الضرائب المباشرة والتكلفة عندما تكون هذه الزيادات ناتجة عن تصرفات رسمية

كقانون صادر بعد ارساء العقد . ولذلك ففى هذا المقام تتطلب بعض العقود من المقاول ان يشترى من المصادر المعترف بها أى الرسـمية .

بعض الأحكام العامة فى تحديد الأسعار والعملة :

ثمة بعض النقاط العامة يجب عدم أغفالها عند استعمال « معادلة التصحيح » وذلك سواء بالنسبة لعقود البضائع والمعدات أو لعقود الانشاءات وهذه النقاط هى :

١ - تجرى تصويبات السعر أى إعادة تسويته بالنسبة لكل دفعة تسليم باتباع معادلة قائمة على تاريخ أو متوسط لعدة تواريخ تقع فى المدة السابقة على الشحن . وبالمثل ، بالنسبة للأنشاءات ، تجرى تصويبات السعر على كل سداد مؤقت ، أى فى عقود التنفيذ .

٢ - وفى عقد توريد معدات أو عقد اشغال عامة ، اذا اديت الدفعة المسبقة ، فإن المورد أو المقاول يمكنه أن يستخدم فورا هذا المال لشراء مكونات أو مواد بالتكلفة الجارية . ولذلك ، فأن إعادة تسوية السعر تجرى فحسب على سعر العقد منقوصا منها دفعة السداد المسبقة .

٣ - أثناء تحديد أجل تنفيذ العقد ، فإنه ليس بلازم السماح بتصويب السعر الا فى ظروف استثنائية .

٤ - لاحاجة إلى اجراء تصويب للسعر الا إذا أسفرت المعادلة عن زيادة فوق نسبة مبدأية ، وذلك حتى لا يكون ثمة حاجة إلى أجراء عمليات حسابية غير ضرورية .

٥ – مصاريف الشحن البحرى والتأمين تعاد تسويتها عادة على أساس التكلفة الفعلية كما تبين فى بوليصة الشحن وشهادات التأمين .

٦ – الضرائب والرسوم تعاد تسويتها على أساس التكلفة الفعلية الثابتة بايصالات السداد .

المناقصة وأجراءات المقارنة :

بالنسبة لتوريد البضائع فى السوق الدولية ، فان المتعارف عليه ان تطلب العطاءات بعملة بلد مقدم العطاء ، أو بعملة بلد منشأ البضاعة أو بعملة مستقرة وواسعة الاستعمال فى التجارة الدولية . فإذا أخذ المزايد على عاتقه مخاطر تقلبات سعر الصرف فإنه سوف يدخل ذلك فى سعر عطائه ومن الاعتبارات التى يضعها المتزايد نصب عينه عند إعداد سعر عطائه استقراية العملة المذكورة فى عطائه ، والعملة أو العملات التى سوف يدفع بها مقدم العطاء مصروفاته فإذا كانت المدفوعات لمقدم العطاء ومصروفاته بالعملة ذاتها فلن يكون بحاجة إلى الانشغال بتقلبات أسعار الصرف ، وذلك الانشغال الذى قد يدفعه إلى ذكر سعر أعلى . ولهذا ، فإنه يجدر أن يترك لمقدم العطاء الخيار فى أن يذكر سعره بالعملة التى يتوقع أن يؤدى بها تكاليفه .

وأى مقدم لعطاء فى مناقصة عالمية بشأن عقد اشغال ، سوف يضمن سعره جزءا بالعملة المحلية وجزءا بالعملة الأجنبية لمواجهة تكاليف مثل ثمن المعدات وقطع الغيار المستوردة ، ومرتبات العمالة الأجنبية . وكثيرا ما يدعى مقدم العطاء لتقديم السعر الكلى لعطائه بعملة بلد رب العمل أو مالك المشروع . وفى هذه الحالة ، يجب أن يسمح لمقدم العطاء ان يشير إلى تكاليف العملة الأجنبية التى اوردها فى سعر عطائه وسعر الصرف الذى حولت به تلك العملة الأجنبية إلى العملة المحلية أى عملة بلد رب العمل أو مالك المشروع . وعندئذ ، فان اسعار الصرف هذه تثبت على مدى

العقد حتى يحتفظ بقيمة العطاء بالنسبة لعملاته الأساسية . وثمة وسيلة بديلة لذلك ، تحقق الآثار ذاتها ، وتتمثل فى أن يشار فى وثائق العطاء إلى اسعار الصرف بالنسبة للعملات الدولية الأساسية ، وينبه على مقدمى العطاءات أن يستخدمو أسعار الصرف هذه فى حساب العملات الأجنبية البديلة . وأسعار الصرف هذه تجمد طوال مدة العقد

وفى الاجراءات السابق استعراضها فيما تقدم تكون مخاطر تقلبات العملة على عاتق المشترى أو مالك المشروع وذلك من أجل الحصول على أقل أسعار فى عروض العطاءات المقدمة على أن بعض البلدان تتردد فى إتباع هذا السبيل لأسباب متنوعة . فمن ناحية أولى ، إذا كانت إحتياطياتها من العملات الأجنبية منحصرة فى عملة واحدة أو عملتيين فحسب ، فان طالبى العطاءات فى هذه البلدان سوف يشترطون تعيين العملة فى حدود المتيسر لديهم . ومن ناحية ثانية ، فعلى الرغم من أن المنهج سالف الأشارة إليه يجعل المقارنة بين العطاءات أمراً سهلا ميسورا ، إلا أن مقدمى العطاءات أى المتزايدين سوف يكون عليهم حينذاك أن يتبصروا النتائج التى ستسفر عنها مقارنة عملتهم بعملة العقد . ويتزايد أهمية هذا التأمل كلما تزايدات قيمة العطاءات .

وفى المناقصات الاشغال العامة تتطلب بعض الدول أن يكون عروض الأسعار كلها بالعملة المحلية . وتسمح بتحويل النصيب المقابل للعملة الأجنبية على أساس سعر الصرف فى تاريخ التحويل . على أن هذا يضع مقدم العطاء فى عملية تخمين تدفعه إلى زيادة سعر عطائه لمواجهة إحتمالات تدهور عملة بلد مالك المشروع طالب العطاء ، وذلك لكى يحافظ مقدم العطاء على متطلباته من النقد الأجنبى . ولا تقبل منظمات الإقراض الدولية بصفة عامة مثل هذه الاشتراطات من جانب طالبى العطاءات .

والنسبة للمقارنة بين العطاءات ، فان اسعار العطاءات المعروضة بعملات مختلفة يجب أن تحول إلى عملة اساس واحدة . يجب ان يكون معلوما لمقدمى العطاءات مقدما التاريخ الذى سوف يتخذ لاجراء المقارنة بين أسعار الصرف . وهناك عدة أساليب لتحديد هذا التاريخ ، وفى الماضى عندما كانت تتسم أسعار الصرف بين عملات مختلف البلدان الموردة بالاستقرار وكانت تنشر بمعرفة صندوق النقد الدولى كان المتبع استعمال أسعار الصرف فى تاريخ سابق بثلاثين يوما على التاريخ المحدد لفتح مظاريف العطاءات . ولازال هذا الأجراء متبعا فى بلدان كثيرة ومن جانب مؤسسات عديدة . وعلى سبيل المثال ، فان قواعد صندوق التنمية الاوروبى (أى ، دى ، إف) لتجهيز المشروعات تستلزم أتباع سعر الصرف لوحدة المحاسبة الأوروبية (E U A) European Unit of Account فى يوم العمل الأول من الشهر التالى للشهر الذى يجرى فيه فتح مظاريف العطاءات . وأسعار الصرف هذه يعلن عنها فى الجريدة الرسمية للوحدة الأوروبية . ولازالت بلدان أخرى تحدد هذا التاريخ بيوم فتح المظاريف وعلى أساس من أى من هذه الأساليب ، يمكن للمتزايدين أن يتعرفوا على الأرضية التى يقفون عليها على وجه التحديد يوم فتح المظاريف .

ومنذ عام ١٩٧١ لم يتجه صندوق النقد الدولى (I M F) إلى التمسك بسعر صرف بعينه . وعلى ذلك فانه مسموح به فى ظل لوائح هذا الصندوق للعملات جميعا أن تتداول بحرية . وقد يحدث فى الفترة بين تاريخ فتح المظاريف وارساء العقد تغيير فى مواقف المتزايدين بالنسبة لبعضهم بعضا نتيجة للتغيرات التى تطرأ على أسعار الصرف العالمية . وقد تعنى هذه التغيرات فروقا مالية ضخمة ، بالنسبة للمشتروات الكبيرة ، أو متى كانت الفترة بين تاريخ فتح المظاريف وارساء العقد

طويلة ، ولذلك فان بعض المشترين يجرون المقارنة بين العطاءات على أساس أسعار الصرف السائدة وقت إتخاذ القرار بارساء العقد على أحد المتزايدين . وتجيز لائحة مناقصات البنك الدولى ان يستخدم المقترضين أسعار الصرف السائدة وقت أصدار القرار بإرساء العقد (١) .

أما لائحة البنك الأسيوى للتنمية فتسمح للمقترض أن يختار بين أستخدام سعر الصرف السائد ثلاثين يوما سابقا على تاريخ إقفال باب المناقصة أو ذلك السائد فى تاريخ إصدار القرار ولكن فى كل الأحوال ، فإن وثائق المناقصة يجب أن تحدد بوضوح القواعد التى سوف تطبق فى هذا المقام . ويجرى بنك أنتر أمريكان للتنميــة (أى . دى . بى) على معالجة تتصف بالمرونة فى هذا الشأن ، فهو يقبل بصفة عامة ما يمارسه المقترض ولا يملى عليه اتباع أسلوب دون الآخر .

على أنه حتى إجراء المقارنة بين العطاءات على أساس سعر الصرف المعلن فى تاريخ القرار لا يساعد فى تحديد أى عطاء سوف يكون أكثر جدوى ، فلما كان العقد لا ينفذ وقت إبرامه ، كما تستحق المدفوعات أثناء التنفيذ فان سعر الصرف للعطاء المختار قد يلقى التعويم بما فيه الأضرار بالمشترى أو ربما بما فيه صالحه ، وحينئذ قد يكون فى غير صالح البائع .

ومن أجل تحقيق المعاملة العادلة لمقدمى العطاءات جميعا على قدم المساواة فان وثائق المناقصة يجب أن تحدد بوضوح الأجراء الذى سوف يتبع فى تحويل العروض إلى عملة واحدة مشتركة لأجل المقارنة .

---

١ - البند ٢ - ٢٤ من هذه اللائحة - راجــع مؤلفنا لائحة مناقصــات البنك الــدولى - دار النهضة العربيــة طبعــة ١٩٨٨ ص ٣٢

نسبة ما يدفع من إجمالى السعر

مرحلة العقد	عقد (أ) سلع	عقد (ب) بضائع مصنعة	عقد (جـ) معدات ومصانع كبيرة
١ - توقيع العقد (الدفعة المسبقة)			١٠ ٪
٢ - تسليم ٦٠ ٪ من الخامات والمكونات أو تصنيع ٦٠ ٪ المعدات (مدفوعات تقدم الأعمال المستخلصات)			٥٠ ٪
٣ - تقديم الفاتورة مع وثائق الشحن	١٠٠ ٪	٩٠ ٪	٢٠ ٪
٤ - فحص البضائع بمعرفة المشترى فى ميناء الشحن		١٠ ٪	
٥ - تمام التركيب والتشغيل			١٥ ٪
٦ - انتهاء فترة الضمان وتقديم المشترى شهادة بعدم وجود مطالبات			٥ ٪

الفصل الثانى

سداد مستحقات بائع المشروع الدولى

نتناول أحكام سداد المستحقات فى عقود تجهيز المشروعات الـــدولية فى مباحث ثلاثة .

المبحث الأول : نخصصه لأحكام دفع الثمن فى عقود توريد البضـــائع .

المبحث الثانى : نخصصه لأحكام دفع الثمن فى عقود الأشغال العامة .

المبحث الثالث : نخصصه لأحكام خطاب الأعتماد المستندى ، وهو الطريقة المألوفة والأكثر أمانا للدفع فى التجارة الخارجية .

المبحث الأول
دفع الثمن فى عقود توريد البضائع

ان الشروط المتضمنة فى وثائق المناقصة سوف توصل إلى أسعار أفضل لو أنها كانت جذابة للمتزايدين . على أن تلك الشروط يجب أيضا أن تكون متفقة مع أصول الممارسات التجارية . ومن ثم يجب أن تضمن للمورد استيفاء كامل ثمن البضاعة المباعة ما أن يكون قد أوفى بالتزماته المبينة فى العقد .

وأى مبلغ نقدى سوف يحتجزه المشترى كضمان للأداء إلى حين الأداء الكامل من قبل البائع لالتزماته المتعاقد عليها ، أو فى صورة كفالات ، يجب أن يكون فى أقل الحدود اللازمة ، إذ سوف تنعكس على السعر المقدم فى العطاء وتزيد التكلفة التى يتحملها البائع لتوفير هذه الضمانات .

وتتنوع الشروط التى تتضمنها وثائق المناقصات متعلقة باداء المقابل تبعا لماهية البضاعة محل التوريد ، وقيمتها ، والمدة المقررة للتسليم وظروف السوق .

وفيما يلى كشف يبين الأوضاع الأساسية لشروط أداء الثمن فى ثلاثة عقود نمطية هى :

العقد (أ)

يتعلق بتوريد بضـــائع مثل المخصبات والجوت ، والقطن ، والخامات غير المصنعـــة أو السابقة على التصنيع مثل الصلب . ويكون العقد فى هذه الحالة أما

فوب .F. O. B أو سيف .C. I. F ويتوقع موردو مثل هذه البضائع أن يؤدى اليهم الثمن كاملا بمجرد أن يقدموا مستندات الشحن . ومن أجل حماية مصالح المشترى يجب عليه أن يتخذ العدة كى يتولى ممثل عنه التفتيش على البضاعة قبل الشحن . ويجب أن تتضمن مستندات الشحن شهادة تفتيش أو معاينة للبضاعة ، بدونها لا يؤدى ثمنها إلى المورد .

وعندما تكون اشتراطات الدفع هذه متطلبة من قبل حكومة المشترى ، أو يكون التعامل مع مشترى غير عادى ، فان المورد قد يتطلب أن يكون أداء الثمن بخطاب أعتماد غير قابل للرجوع فيه ، والغرض الأساسى من ذلك هو أن يضمن المورد الأداء من قبل بنك موثوق فيه لكامل ثمن البضاعة المباعة بمجرد تقديم مستندات الشحن ، وذلك بدلا من التعرض لتأخير فى الدفع محفوف بالخطر ، أو لاخلال مشترى أجنبى بالتزام دفع الثمن .

واذا كانت البضاعة مغطاة بضمان من منتجها فيجوز للمشترى أن يطالب المورد بأن يقدم له ضمان مصرفى أو بوليصة تأمين لكفالة فعالية التزام المنتج بالضمان .

العقد (ب)

خاص بالبضائع المصنعة مثل عجلات عربات السكك الحديدية ، أو خزانات المياه المصنعة من الصلب . وعادة ما يرغب المشترى أن يجرى تفتيشا أو فحصا أو معاينة أخيرة للبضاعة عند وصولها قبل صرف العشرة فى المائة (١٠ ٪) المحتجزة من الثمن إلى المورد . وفى مثل هذه العقود ، يتطلب المشترى عادة خطاب ضمان من البنك أو وثيقة تأمين لتغطية أى أخلال بالتزامات التعاقد من قبل المورد . والمتبع فى مثل هذه الحالة ، أن تكون خمسة فى المائة (٥ ٪) من قيمة المعدات مناسبة لتغطية ذلك .

أما العقد (جـ)

فيتعلق ببيع مصانع أو معدات كبيرة ، يكون تسليمها على فترة تسليم طويلة الأجل . وفى مثل هذه العقود قد يتطلب تحريك مكونات الصفقة وموادها الأولية إلى المشترى تكلفة كبيرة . وفى مثل هذه الحالات ، فان المشترى يؤدى إلى البائع دفعة مقدمة بما قد يوازى خمسة وعشرين فى المائة (٢٥ ٪) من قيمة العقد عند التوقيع على العقد . على ان المشترى يطلب من البائع خطاب ضمان من البنك بهذه القيمة يكفل عدم تخلفه عن أداء التزامه . ومع استمرار العمل فى ظل هذه العقود ، يمكن أن يتوالى الدفع إلى البائع بحد أقصى خمسين فى المائة من قيمة العقد (٥٠ ٪) بشرط تقديم شهادات تفتيش أو فحص أو معاينة تثبت أن كافة المواد الأولية والمكونات قد جرى تسهيلها ، وأن مستويات الإنتاج أو الصناعة اللائقة قد تحققت .

أما الخطوة التالية من خطوات الدفع فتكون عند تقديم وثائق الشحن وشهادات التفتيش بما يؤكد أن البضاعة قد شحنت ، وفى طريقها إلى المشترى . وفى هذه المرحلة يؤدى إلى البائع جزء جوهرى من باقى الثمن يمكن أن يرقى كما هو مبين بالكشف المرفق إلى عشرين فى المائة (٢٠ ٪) من الثمن ، ليكون ما سدد للبائع مقابل صفقة البيع موازيا ثمانين فى المائة (٨٠ ٪) من الثمن المتفق عليه أما الدفعه التاليه فيكون مقدارها خمسة عشر فى المائة (١٥ ٪) من الثمن وتدفع فى بلد المشترى ، عند وصول البضاعة المشحونة إليها . ويحتجز المشترى خمسة فى المائة (٥ ٪) من الثمن كتأمين يغطى ضمانات البائع للشىء المباع . وقد يلجأ المتعاقدان بدلا من أحتجاز المشترى للخمسة فى المائة هذه ، إلى سدادها إلى البائع على أن يقدم بها هذا الأخير خطاب ضمان من أحد البنوك . وهذا الاحتجاز يكون له أهمية حيوية على الأخص بالنسبة لعقود بيع المصانع والمعدات الكبيرة التى تستدعى تحمل بائعها بضمانات أساسية بالاصلاح والاحلال فى حالة عوار البضاعة أو تلفها .

وعلى أى حال ، فان أختلاف الظروف بالنسبة لتنوع المبيعات قد يؤدى بطبيعة الحال ، إلى عديد من التغيرات فى هذه التدابير المبينة لأداء الثمن .

المبحث الثانى
دفع الثمن فى عقود الأشغال العامة

المعتاد فى عقود الأشغال العامة ، أن يدفع رب العمل مستحقات المقاول على نحو تدريجى تبعا لما يتم من انجاز مرحلى للأعمال المتفق على تحقيقها . ومن أجل تنفيذ مشروعات الأعمال المدنية الكبيرة ، يكون على المقاول أن يحرك إلى موقع العمل مهمات ومواد وقوى عاملة . كما يجب عليه أن يدبر خامات حيوية ، مثل الأصلاح والصيانة ، وتخزين المواد ، وايواء العاملين والأعاشه والتموين والأسعافات الأولية وغير ذلك من الخدمات المساعدة ، وذلك كله حتى قبل البدء فى عمليات التشييد التى يتطلبها المشروع . وعلى ذلك ، فإن تشهيل رأس المال اللازم هنا أكثر أهمية عما هو عليه الحال بالنسبة لعقود توريد البضائع والمعدات . ومن ثم يكون تقديم دفعات مقدمة من الثمن إلى المقاول أوجب بالاعتبار فى صدد عقود الأعمال المدنية منه فى عقود التوريد المنوه عنها . ويمكن أن نحلل مقومات « الدفعة المقدمة » فى عقود الأشغال المدنية إلى ثلاثة مقومات وذلك تبعا لما يتكبده المقاول من أعباء فى جلب ما يلزم لتنفيذ الأعمال إلى موقع العمل . فالدفعة المقدمة تغطى (١) مصروفات التشهيل (٢) المعدات ، (٣) المواد المستجلبة إلى موقع العمل . ومصروفات التشهيل تشمل النفقات الأولية للشروع فى الأعمال ، مثل مصروفات تأسيس المكاتب ، والأيواء ، واعاشة العاملين ، والتأمينات التى تقع على عاتق المقاول قبل إستحقاق أجور الشهر الأول . والدفعة المقدمة مقابل التشهيل تكون عادة من خمسة إلى عشرة فى المائة (من ٥ ٪ إلى ١٥ ٪) من قيمة العقد . وتكون مكفولة بخطاب ضمان من البنك أو ببوليصة تأمين من أحدى شركات التأمين . وفى بعض الأحيان ، تدرج إستقلالا كبند من بنود التكلفة فى « كشف الكميات » بدلا من أن تدرج فى الوحدة السعرية . وفى هذه

الحالة لا يكون هذا المقابل قابلا للاسترداد من جانب رب العمل . وإلا أمكن لهذا الأخير أن يسترده من المدفوعات الدورية الشهرية بعد ذلك .

وبالأضافة إلى الدفعة المسبقة المقدمة لمواجهة تكاليف التشهيل أو التعبئة ، فأن العقد يسمح أيضًا بدفعة مسبقة خاصة لقاء آلات المصنع والمعدات المجلوبة إلى الموقع . وهذه الدفعة محددة بما يقرب من ثمانين فى المائة (٨٠ ٪) من قيمة هذه الآلات والمعدات أو عشرة فى المائة (١٠ ٪) من القيمة الإجمالية للعقد . وتنقل ملكية هذه الأشياء إلى رب العمل كنوع من الضمان . أو قد يتحصل بدلا من ذلك على ضمانة بنكية .

ويسمح أيضًا بدفعات مسبقة مماثلة بالنسبة للمواد ، مثل الصلب والأسمنت ، التى تجلب إلى الموقع . وإجمالى المدفوعات المسبقة المسموح بها لقاء ذلك تقل عادة عن عشرين فى المائة (٢٠ ٪) من قيمة العقد . وهى قابلة للإسترداد من المدفوعات الدورية مقابل شهادات شهرية .

وفى نمط عقود الأشغال المدنية المعروف بعقود قائمة الكميات فإن العقد يجزأ إلى وحدات سعرية وكميات عمل مقدرة لكل بند من بنود الأعمال . ويمضى السداد تبعا إلى العمل المنجز ، على ما يقيسه المهندس الأستشارى . وفى نهاية كل شهر يعد المقاول فاتورة تراجع وتعتمد من المهندس الأستشارى الذى يرفع الفاتورة المعتمدة منه إلى المالك كى يتولى سدادها . ويسترد المالك ما أداه من مدفوعات مسبقة بخصم قيمتها من المدفوعات الشهرية الدورية . وتبدأ هذه الخصومات فى حق المقاول عندما يكون قد تلقى على الأقل عشرين فى المائة (٢٠ ٪) من قيمة العقد . ويتحقق إسترجاع المالك للقيمة الكاملة للمدفوعات المسبقة عندما يكون قد دفع ثمانين فى المائة (٨٠ ٪) أو تسعين فى المائة (٩٠ ٪) من قيمة العقد إلى المقاول .

ويجرى المالك احتجاز مبلغ يعادل خمسة فى المائة (٥ ٪) تقريبا من قيمة كل فاتورة ، كضمان ضد مطالبات محتملة يكون منشؤها عيوب لحقت بالأعمال . وفى عقود الأنشاءات الكبيرة ، تبدأ مثل هذه الأحتجازات بنسبة عشرة فى المائة (١٠ ٪) من قيمة الفاتورة الشهرية فى المراحل الأولى للأعمال ، ثم تتناقص إلى خمسة فى المائة (٥ ٪) عند إقتراب العقد من نهايته . ويظل المالك محتفظا بهذه المحتجزات إلى أن تنقضى فترة الصيانة ، أو قد يستعيض المالك عن ذلك بضمانة مصرفية (خطاب ضمان) أو بوليصة تأمين يقدمها له المقاول لضمان أداء الالتزام بصيانة الأعمال التى نفذها .

المبحث الثالث
خطاب الأعتماد المستندى

تمهيد :

أن الطريقة المألوفة للدفع عند توريد البضائع فى التجارة الدولية هى « خطاب الإعتماد المستندى » كما يعتبر خطاب الإعتماد المستندى أيضاً أكثر طرق التمويل إحكاماً فى مجال عمليات التصدير الحديثة . وقد لقى الإعتماد المستندى أهتمام غرفة التجارة الدولية International Chamber of Commerce فاعدت تنظيماً له بعنوان « الأعراف والممارسات الموحدة للإعتمادات المستندية (Uniform Customs and Practice of Documentary Credits) وقد أعتبرت هذه الوثيقة تقنيناً واجب الأتباع من أوساط البنوك فى العالم .

وقد أعدت غرفة التجارة الدولية I C C بباريس هذه الوثيقة . وإذاعتها بنشرتها أو مطبوعها رقم ٤٠٠ وهو نص معاد صياغته عام ١٩٨٣ وحل محل الصياغة السابقة عليه والتى كان معمولاً بها من قبل منذ أول أكتوبر ١٩٧٥ وقد عمل بالنشرة رقم ٤٠٠ فى معاملات التجارة الدولية أعتباراً من أول أكتوبر ١٩٨٤ . وقد تضمنت هذه الوثيقة خمسة وخمسين مادة . ونصت فى المادة (١) منها على أن تطبق موادها « على

كافة الإعتمادات المستندية ، بما فى ذلك خطابات إعتمادات المساندة * بقدر ما تسمح به من تطبيق ، وتكون ملزمة لجميع الأطراف المعنية ، مالم يتفق على غير ذلك صراحة . وتكون هذه المواد جزءاً مكملاً لكل اعتماد مادام ينص فيه على أن يخضع للأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية المعاد صياغتها عام ١٩٨٣ نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٤٠٠ » .

وكما درجت عليه غرفة التجارة الدولية منذ أن تناولت هذا الموضوع الحيوى منذ صدور أول مجموعة لهذه الأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية عام ١٩٣٣ ، فقد عكفت منذ منتصف عام ١٩٩٣ على مراجعة هذه الأصول والأعراف وأعدت صياغة جديدة لها ، صدرت بالوثيقة أو الكتيب رقم ٥٠٠ وقد تضمنت تسعة وأربعين مادة وعمل بأحكامها منذ بداية عام ١٩٩٤ . وقد نص فى المادة الأولى منها تحت عنوان « نطاق تطبيق القواعد والأعراف الموحدة » على أن « تطبق القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية - تعديل عام ١٩٩٣ نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٥٠٠ - على كافة الإعتمادات المستندية (بما فى ذلك خطابات الإعتماد الإحتياطية) (*) مادام أن تلك القواعد والأعراف مذكورة فى نص الإعتماد . وهى ملزمة للأطراف فيها ما لم يشترط على خلاف ذلك فى الإعتماد » .

هل الغيت النشرة ٤٠٠ بصدور النشرة ٥٠٠ ؟

ويجدر أن ننبه فى هذا المقام أن هذه المادة الواردة فى النشرة رقم ٥٠٠ لغرفة التجارة الدولية لم ترق إلى حد الغاء القواعد الواردة بشأن الإعتمادات المستندية فى نشرتها رقم ٤٠٠ السابقة ، فهذه القواعد لازالت سارية جنباً إلى جنب مع القواعد التى أوردتها النشرة رقم ٥٠٠ وليس ثمة ما يمنع من اللجوء إلى الأحكام الواردة فى النشرة رقم ٤٠٠ والنص على تطبيقها فى شأن أى اعتماد مستندى صادر فى ظل النشرة رقم ٥٠٠ ومن ثم فهناك ثلاثة فروض بشأن استخدام القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية الصادرة بالنشرة رقم ٤٠٠ إعتباراً من أول يناير ١٩٤٤ تاريخ العمل بالنشرة رقم ٥٠٠

(*) راجع هامش ص ٣٩

الفرض الأول : ان ينص فى عقد الإعتماد المستندى صراحة على تطبيق النشرة رقم ٤٠٠ . وعندئذ يكون التطبيق للقواعد الواردة بهذه النشرة دون القواعد الواردة فى النشرة رقم ٥٠٠

الفرض الثانى : ان ينص فى عقد الإعتماد المستندى على تطبيق القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية دون تحديد رقم الوثيقة المقصود تطبيقها وعندئذ يكون التطبيق لأحكام الوثيقة رقم ٥٠٠

الفرض الثالث : ان ينص فى عقد الإعتماد المستندى على إستخدام القواعد والأعراف الموحدة المنصوص عليها فى الوثيقة رقم ٥٠٠ وعندئذ يكون التطبيق أيضاً لهذه الوثيقة دون الوثيقة رقم ٤٠٠

ومفاد ما تقدم إنه على الرغم من أن عبارة المادة (١) من النشرة رقم ٥٠٠ المعمول بها إعتباراً من أول يناير ١٩٩٤ لم تأت صريحة بالغاء الأحكام التى تضمنتها الوثيقة رقم ٤٠٠ إلا أن أحـكام هذه الوثيقة لا تسرى إعتباراً من أول يناير ١٩٩٤ سوى على الإعـتماد المسـتندى الذى ينص فيه صراحة على استخدام الوثيقة رقم ٤٠٠ بشأنه .

ولهذه فعلى الرغم من أن عدم ورود النص فى الإعتماد المستندى المفتوح بعد أول يناير ١٩٩٤ على أى الوثيقتين يصير تطبيقها على الإعتماد ، يقيم قرينة على أن المستهدف هو تطبيق أحكام الوثيقة رقم ٥٠٠ إلاً إنه من حق البنك الفاتح للإعتماد أن يستوضح عميله عن أى الوثيقتين يقصد إستخدامها : هل هى الوثيقة رقم ٥٠٠ أم الوثيقة رقم ٤٠٠ منعاً لكل لبس أو خطأ .

وعلى أى حال ، فسوف تكون اشاراتنا بشأن القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية فى دراستنا الحالية إلى ما تضمنته النشرة رقم ٥٠٠ من أحكام ما لم ترد إشارة صريحة فى سياق الحديث إلى غير ذلك .

وعلى أى حال ، فليس المستهدف بهذه الصفحات تقديم دراسة شاملة لموضوع « الإعتمادات المستندية » ولا « للقواعد والأعراف الموحدة » بشأنها . بل المقصود فحسب إعطاء القارىء إطاراً عاماً لهذا الموضوع بما يتسع به المقام فى هذا الكتاب .

الطبيعة القانونية للقواعد والأعراف الموحدة :

وبتأمل الطبيعة القانونية « للقواعد والأعراف الموحدة » يجدر أن ننبه إلى ما يأتى :

أ : أن غرفة التجارة الدولية بباريس إنما هى هيئة خاصة ذات طابع دولى ، أو بعبارة أخرى ليست من أشخاص القانون الدولى العام . وعلى ذلك فإن غرفة التجارة الدولية عندما تصدر وثيقة تتضمن أحكاماً قانونية فإن هذه الوثيقة تختلف إختلافاً جذرياً عن الوثائق التى تصدرها هيئة الأمم المتحدة وفروعها . فهذه الوثائق التى تصدرها الأمم المتحدة إنما تصدر فى صورة معاهدة أو إتفاقية دولية تلتزم بها الدول الموقعة عليها أما غرفة التجارة الدولية بباريس فباعتبارها ليست جهة من جهات هيئة الأمم المتحدة أو فروعها فإن ما تصدره من وثائق مثل وثيقة « القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية » لا تعتبر إتفاقية أو معاهدة ولا تستمد قوتها الملزمة من أعتبارها كذلك ، بل تستمد قوتها الملزمة من الإتفاق أو العقد الذى يدرج فيه الأطراف المعنيون التزامهم بأحكامها وتعهدهم بالتزامها . وعلى ذلك أيضاً ، فإن القوة الملزمة لمثل هذه القواعد تكون قاصرة على الأطراف المتعاقدة التى أرتضت الألتزام بها ، ولا تمتد القوة الملزمة لهذه القواعد والأعراف إلى غيرهم . كما أن تلك القواعد لا تلقى التطبيق حتى بين أطراف العقد إذا لم يشر فيه إلى ذلك ، بل ويكون التطبيق أيضاً فى حدود ما أنصرفت إليه إرادة المتعاقدين فحسب .

٣ : إذا حدث تعارض بين حكم من الأحكام الواردة فى وثيقة « القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية » عند الإشارة إلى هذا الحكم فى خطاب الإعتماد وبين حكم وارد فى قانون وطنى محلى فأحد فرضين :

الفرض الأول : إذا كان التعارض بين حكم من هذه الأحكام ورد فى خطاب الإعتماد المستندى ، وبين قاعدة أمرة من قواعد النظام العام فى القانون الوطنى المحلى ، وجب إعلاء قاعدة القانون الوطنى المحلى هذه على قاعدة الأعراف الموحدة المدرجة فى عقد الإعتماد المستندى . لأن قواعد النظام العام* فى القانون المحلى لا يجوز مخالفتها بقواعد إتفاقية واردة فى عقد من العقود .

الفرض الثانى : أن تكون قاعدة القانون الوطنى المحلى التى يخالفها ما أورده عقد فتح الإعتماد المستندى من أحكام مجموعة غرفة التجارة الدولية للقواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية مجرد قاعدة مفسرة أو مكملة ** أعتبرت أحكام مجموعة القواعد والأعراف الموحدة لغرفة التجارة الدولية هى الواجبة التطبيق فى العلاقة التعاقدية بشأن الاعتماد المستندى التى أدرج بها النص على الألتزام بتلك القواعد والأعراف أو الإحالة إليها ، فالعقد كما هو مقرر شريعة المتعاقدين بما لا يتعارض مع القواعد القانونية الأمرة ، أو بعبارة أخرى فى إطار النظام العام والأداب فى الدولة التى يكون قانونها واجب التطبيق على العلاقة التعاقدية المطروحة ** .

(*) راجع في هذا المادة ١٤٧ (١) من القانون المدنى المصرى. كما نصت فى هذا المقام المادتان ١٣٤ و ١٣٥ من ذات القانون على بطلان العقد إذا كان محله أو سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب .

(**) ليس بلازم على أى حال أن تكون قاعدة النظام العام أو الآداب ثابتة بنص تشريعى مكتوب بل قد تستمد من الأوضاع الدستورية والاجتماعية والأعراف العامة المستقرة فى بلد من البلاد بحيث لا يجوز الخروج عليها .

ومن قواعد النظام العام فى الدولة نظامها النقدى وما يفرضه من قيود رقابية على تحويل النقد والتعامل فيه . ويشير الشراح فى هذا المقام (الدكتور محى الدين علم الدين – الأهرام الإقتصادى – ٣١ يناير ١٩٩٤) إلى قضايا عرضت أمام محاكم بعض الدول تعلقت بإستخدام الإعتمادات المستندية لتهريب الأموال إلى الخارج وذلك بتقديم فواتير ضمن المستندات تقدر فيها قيمة البضاعة بأكثر من قيمتها والفرق يودعه المستفيد لحساب الآمر فى دولة أخرى غير دولة هذا الأخير . ويعتبر هذا تهريباً مستتراً فى صورة سداد ثمن بضاعة صورية . وقد حكم القضاء فى تلك الدول بأبطال هذه التصرفات لمخالفتها للنظام العام .

أولاً : تعريف الإعتماد المستندى :

تصدت المادة الثانية من الوثيقة رقم ٥٠٠ لتعريف الإعتماد المستندى فأوضحت أن الإعتمادات المستندية * سوف تعنى فى تطبيق أحكام الوثيقة كل تدبير – أيا ما كان ما يطلق عليه من تسمية أو وصف – يتعهد بموجبه « البنك المنشىء » ** نزولاً على طلب عميله وبناءً على تعليماته إليه ، أو إعتماداً على نفسه بأن (١) يدفع إلى أولامر طرف ثالث « المستفيد » أو يقبل للدفع كمبيالات (مسحوبات) صادرة عن المستفيد ، أو (٢) يفوض بنكاً اخر بأن يتولى هذا الدفع ، أو يقبل للدفع هذه الكمبيالات (المسحوبات) ، أو (٣) يفوض بنكاً آخر فى تداولها .

وذلك كله وفقــاً لمـا اشـترط من مسـتندات ، وبمراعاة أن تكون شــروط وأوضاع « الإعتماد » قد استوفيت .

تعليمات إصدار أو تعديل الإعتماد :

وقد استرعت المادة (٥) من الوثيقة ٥٠٠ انتباه مستخدمى القواعد والأعراف الموحدة إلى : (١) أن يتوخوا فيما يصدرونه من تعليمات بفتح الإعتمادات أو بتعديلها ، أن تأتى هذه التعليمات والإعتمادات ذاتها دقيقة ومستوفاة منعاً لكل لبسٍ أو سوء فهم قد يثور بشأنها . وتحبذ المادة (٥) المذكورة لهذا الغرض أيضا ألا تشجع البنوك إية محاولة (أ) أدراج تفاصيل زائدة عن الحاجة فى الإعتماد أو فى أى تعديل له . (ب) اعطاء تعليمات لاصدار أو إبلاغ أو تعزيز إعتماد مستندى بالإحالة إلى إعتماد مماثل أو مشابه سبق فتحه ، إذا كان الإعتماد السابق فتحه محلاً لتعـديلات جـائز قــبولها أو رفضـها . (٢) أن يذكروا فى كل تعليمات بفتح أو تعـديل اعتــماد ، وكذلك فى

(*) وايضاً خطابات الإعتماد الإحتياطية أو الضامنة وهو ما يسمى أيضاً خطابات إعتمادات المساندة Standby letters of credit .

(**) فاتح الإعتماد .

الصياغة ذاتها للاعتماد أو تعديله على وجه التحديد المستندات التى يتم مقابلها الدفع أو القبول أو التداول .

ولا يفرض نص المادة (٥) هذا أى التزام واجب الإتباع من جانب البنوك ، بل هو يتضمن مجرد توجيهات لضمان حسن العمل بالإعتمادات المستندية ومن ثم لاجزاء على مخالفة هذه التوجيهات وخروج البنك عليها . أما فيما يتعلق بتحديد المستندات التى يتم الحصول على قيمة الإعتماد بتقديمها ، فلا جزاء على مخالفتها أيضا ويمكن أن يكتفى عندئذ بتقديم المستفيد للفاتورة وسند الشحن . كما يقدم بوليصة التأمين إذا ثبت التزامه إتفاقاً أو قانونا بتقديمها .

أطراف الإعتماد المستندى :

تفترض عملية الإعتماد المستندى ثلاثة أطراف على الأقل . ويمكن أن يوجد طرف فى العملية يتمثّل عادة فى بنك من البنوك يكون مراسلاً ، أو فى بعض الأحيان مصدقاً على تصرف البنك المصدر أو المنشىء للإعتماد . والبنوك المراسلة أو المصدقة توجد عادة فى البلد الذى يتبعه البائع .

ومن الجدير بالذكر فى هذا المقام أن المادة (٢) من نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٥٠٠ قد جاءت بحكم مستحدث مؤداه أنه لأغراض العمل بأحكام تلك النشرة يعتبر فرع البنك فى بلد آخر غير البلد الذى يوجد به مقره الرئيسى بنكاً آخر .

ثانيا : أنواع الإعتمادات المستندية :

هناك عدة أنواع من الإعتمادات المستندية ، ويمكن إجراء عدة تصنيفات لها ، ولكنها تنطوى فى جوهرها على تصرفات مماثلة . وفى جميع الحالات ، يتعهد البنك المصدر لخطاب الإعتماد أن يعتد بالكمبيالات المستحقة للبائع التى سحبها المشترى

على البنك المذكور ، متى استوفيت بعض الشروط من قبل البائع . وتتمثل هذه الشروط في تقديمه المستندات المشترط تقديمها ، وهى بصفة عامة المستندات الناقلة لملكية البضاعة المباعة لحساب البنك .

وفى مقابل إصدار الإعتماد ، يتلقى البنك من المشترى عمولة . كما يتلقى إيداعا يتمثل فى مبلغ يكفى لتمويل الضمان المصرفى الذى يغطى التزام المشترى بأداء مقابل قيمة ما اشتراه . وعند إصدار الإعتماد المذكور يقوم البنك بإخطار بائع البضاعة بأن ثمة إعتماداً فتح لحسابه . ويوضح البنك فى إخطارة للبائع قيمة الإعتماد المستندى المفتوح ، ومدة سريانه ، وسائر شروطه وأوضاعه . ويجعل هذا الإخطار من بائع البضاعة طرفاً ثالثا « مستفيداً » من عقد إصدار الإعتماد .

والشائع أن تقسم خطابات الإعتماد المستندية إلى : (أ) خطابات إعتماد قابلة للتجزئة وأخرى غير قابلة للتجزئة (ب) خطابات إعتماد قابلة للتحويل وأخرى غير قابلة للتحويل (ج) خطابات إعتماد قابلة للتجديد وأخرى غير قابلة للتجديد (د) خطابات إعتماد محلية وأخرى أجنبية (هـ) خطابات إعتماد قابلة للعدول عنها وخطابات إعتماد غير قابلة للعدول (و) خطابات إعتماد معزَّزة وخطابات إعتماد غير معزَّزة .

والفرق بين خطابات الإعتماد القابلة للعدول عنها وخطابات الإعتماد غير القابلة للعدول ، وكذلك الفرق بين خطابات الضمان المعزَّز وخطاب الضمان غير المعزَّز على جانب كبير من الأهمية ، ولهذا سنعرض لهذه الفروق بالتفصيل فيما يلى .

ا - الإعتماد القابل للعدول عنه :

يتضمن الإعتماد القابل للعدول عنه التزاماً غير مطلقٍ من قبل البنك بالدفع عند تقديم المستندات ، فإذا أصدر المشترى تعليماته إلى البنك بالغاء الإعتماد قبل أن يتقدم

إليه البائع بالمستندات ، فلن يكون للبائع أى حقٍ فى الرجوع على البنك بمقولة الأخلال بعقد الاعتماد . وقد ذهب البعض إزاء ذلك إلى القول بأنه لن يكون على البنك فى هذه الحالة حتى الإلتزام بأن يخطر المستفيد بأن الإعتماد قد الغى أو عدل عنه .

ومن ثم لا يوفر الإعتماد القابل للإلغاء من جانب مصدره نوع الإئتمان الذى وجد الإعتماد المستندى أصلاً لتوفيره للبائع ، ألا وهو نقل الألتزام بأداء الثمن من على عاتق المشترى إلى بنكٍ أو موسسة مالية تتمتع بالثقة المالية . وهذه النتيجة الأئتمانية لا يتأتى تحقيقها إلا بواسطة إعتماد مستندى نهائى أى غير قابل للنقض أو الإلغاء . Irrevocable .

وتنص الفقرة (أ) من المادة ٨ من الوثيقة ٥٠٠ على أن من حق البنك فاتح الإعتماد القابل للإلغاء الغاءه أو تعديله فى أى وقت ، وبغير إخطار مسبق للمستفيد بذلك * وهذا الحق مقرر أيضاً للأمر بفتح الإعتماد القابل للإلغاء بطبيعة الحال . وإذا كان نص الفقرة (أ) من المادة ٨ من الوثيقة رقم ٥٠٠ لم يذكر ذلك ، فلأن البنك لا يلغى عادة هذا الإعتماد إلاَّ بناءً على طلب الآمر ، فالنص على أن للبنك مثل هذا الحق فى الإلغاء هو إعتراف ضمنى بذات الحق للآمر ايضاً .

وفى حالة الحصول على اعتماد مستندى غير قابل للعدول عنه يكون البائع قد تخلَّص من كافة المخاوف التى قد تثور بصدد أمانة المشترى أو يساره أو جديته .

(*) ومع ذلك فقد نصت الفقرة (ب) من المادة ٨ المذكورة على أن البنك فاتح الإعتماد يجب عليه على رغم أن الإعتماد قابل للإلغاء :

١ - أن يدفع للبنك الآخر (الذى كان الإعتماد القابل للإلغاءيخوله الدفع بالإطلاع أو القبول أو التداول) المدفوعات التى قام بها قبل أن يتسلم اشعار الغاء أو تعديل الإعتماد متى كان الدفع من جانب البنك الآخر مقابل المستندات التى تبدو فى ظاهرها مطابقة لنص الإعتماد وشروطه .

٢ - أن يدفع للبنك الاخر (الذى كان الإعتماد القابل للالغاء قابلاً للاستفادة منه لديه بالدفع المؤجل) إذا كان ذلك البنك قبل أن يتسلم اشعار الغاء أو تعديل الإعتماد قد تلقى مستندات تبدو فى ظاهرها موافقة لنص الإعتماد وشروطه .

ولهذا فإن الفرق بين إعتماد مستندى قابل للعدول عنه وآخر غير قابلٍ للعدول عنه هو فرق على غاية من الأهمية . ومن ثم يجب أن يحدد بعبارة واضحة لالبس فيها أى نوعٍ من الإعتمادات المستندية قصد أن يصدرها المشترى لصالح البائع . ويجب أن يعنى البنك فاتح الإعتماد بالتحقق من طبيعة هذا الإعتماد .

وعلى هـذا نصت المـادة ٦ من الوثيقة رقـم ٥٠٠ (ومن قبلها المادة ٧ من الوثيقة ٤٠٠) فبعد أن أوضحت (أ) إن الإعتماد إما أن يكون إعتماداً قابلاً للإلغاء أو إعتماداً غير قابل للألغاء ، استطردت المادة المذكورة تقول أنه (ب) يجب لذلك أن يوضح الإعتماد ما إذا كان قابلاً أو غير قابل للإلغاء .

ومن ثم يجب أن يتحقق البنك فاتح الإعتماد من طبيعة هذا الإعتماد ، وهل هو قابل للإلغاء أم لا ، وإن يوضح ذلك بجلاء فى الإعتماد . ولكن ما الحكم إذا سكت الإعتماد المفتوح عن الأفصاح بهذا الشأن ؟

إنه نظراً لقلة الفائدة التى يوفرها الإعتماد المستندى القابل للعدول عنه ، وقلة الإلتجاء اليه فى العمل ، فإنه فى حالة عدم النص على ذلك فى الأوراق ، فإنه يفترض أن المتعاقدين قد قصدا ضمناً أن يكون خطاب الإعتماد المقدم من المشترى لصالح البائع إعتماداً نهائياً غير قابل للعدول عنه .

وعلى هذا نصت المادة ٦ من الوثيقة رقم ٥٠٠ فبعد أن أوضحت فى الفقرة (أ) منه أن الإعتماد إما أن يكون إعتماداً قابلاً للإلغاء أو إعتماداً غير قابلٍ للإلغاء ، أوجبت لذلك فى الفقرة (ب) أن يوضح الإعتماد ما إذا كان قابلاً أو غير قابل للإلغاء ، كما سبق أن رأينا ، قررت هذه المادة فى الفقرة (جـ) أنه عند عدم ورود هذا التحديد وغياب النص عليه يعتبر الإعتماد غير قابل للإلغاء .

وقد كانت المادة ٧ من الوثيقة رقم ٤٠٠ للقواعد والأعراف الموحدة تأخذ بغير ذلك وتنص على أن كل إعتـماد يجب أن يحـدد بوضـوح ما إذا كان قابلاً للعـدول عنـه

أو غير قابل لذلك . وفى حالة غياب مثل هذا التحديد ، فإن الإعتماد يعتبر أنه قابل للعدول عنه * .

ب - الإعتماد القطعى او غير القابل للعدول عنه :

الإعتماد غير القابل للعدول عنه ، وفقاً لأحكام القواعد والأعراف الموحدة ، هو إصدار البنك تعهداً يلتزم فيه قبل المستفيد (متى قام هذا الأخير بالوفاء بكل ما الزمه به العقد المبرم بينه وبين المشترى الآمر بفتح الإعتماد) بتنفيذ الأحكام الخاصة بالدفع أو القبول أو التمويل التى تضمنها خطاب الإعتماد .

ولهذا ، فإن خطاب الإعتماد غير القابل للعدول عنه هو تعهد مستقل من جانب البنك الذى لن يعفى من التزامه لأى تسوية جانبية بين البائع والمشترى . فلا يجوز للبنك أن يحتج مثلاً قبل البائع بأن الثمن الذى فتح الإعتماد غير القابل للعدول عنه من أجل ضمان الوفاء به ، قد سدد للبائع كله أو جزء منه . وتتمثل السمة المميزة لهذه الوسيلة من وسائل الدفع فى أن المستفيد ، أى البائع أو المصدر للبضائع ، بإمكانه أن يرجع على البنك بما التزم به مشترى البضاعة قبله . ومن ثم يصبح البنك مسئولاً مباشرة أمام المستفيد عما كان يمكن للبائع اقتضاؤه من المشترى .

(*) ويؤيد جمهرة الشراح الرأى الذى كانت تأخذ به الوثيقة ٤٠٠ للقواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية . ومن هؤلاء فى الفقة المصرى الأستاذالدكتور محى الدين علم الدين (تطوير القواعد والعادات الموحدة للإعتمادات المستندية - الأهرام الإقتصادى - ٣١ يناير ١٩٩٤) ويرى « أن القاعدة القديمة أكثر إنسجاماً مع الأحكام القانونية ، لأن الشك يفسر أصلاً لمصلحة المدين . فإذا ثار الشك حول كونه التزم أم لم يلتزم وجب اعتباره غير ملتزم . ويستثنى من ذلك القبول فى عقود الأذعان فإن الشك فيه يفسر لمصلحة الطرف المذعن دائماً دائنا كان أو مدينا » ويضيف أن « المستفيد فى الإعتماد المستندى ليس قابلاً فى عقد إذعان حتى يفسر الشك لمصلحته . ومن المعلوم أن أغلب المستفيدين من الإعتمادات المستندية هم من العالم الغربى ، وهذه القاعدة جاءت لمصلحتهم خلافاً للقواعد العامة فى القانون » .

وبحسب أحكام المادة ٩ من « القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية » (نشرة غرفة التجارة الدولية بباريس رقم ٥٠٠) فإن الإعتماد القطعى غير القابل للإلغاء يشكل تعهداً نهائياً لا رجوع فيه على عاتق البنك فاتح الإعتماد ، بشرط أن تكون المستندات المستلزم تقديمها بالإعتماد قد قدمت إلى البنك فاتح الإعتماد أو إلى بنك معين لذلك nominated bank وكانت نصوص وبنود الإعتماد قد روعيت .

ويتخذ تنفيذ التعهد النهائى المذكور على عاتق البنك فاتح الإعتماد ما يأتى من الصور :

١ – إذا كان الإعتماد ينص على الدفع لدى الإطلاع sight payment ، يكون الدفع لدى الإطلاع .

٢ – إذا كان الإعتماد ينص على الدفع المؤجل deferred payment ، يكون الدفع فى ميعاد الإستحقاق الذى تحدده شروط الإعتماد .

٣ – إذا كان الإعتماد ينص على القبول acceptance ، فاما أن يكون ذلك بواسطة البنك فاتح الإعتماد ، أو بواسطة بنك آخر مسحوب عليه .

(أ) فإذا كان الإعتماد ينص على القبول بواسطة البنك فاتح الإعتماد ، يكون على هذا البنك أن يقبل الكمبيالات المسحوبة عليه بواسطة المستفيد ، ويدفع قيمتها فى تاريخ الإستحقاق .

(ب) وإذا كان الإعتماد ينص على القبول بواسطة بنك آخر ، يكون على البنك فاتح الإعتماد أن يقبل ويدفع فى تاريخ الإستحقاق الكمبيالات التى يسحبها المستفيد على البنك فاتح الإعتماد فى حالة عدم قبول البنك المعين فى الإعتماد لهذه المسحوبات أو فى حالة قبولها دون دفعها فى تاريخ الإستحقاق .

٤ - إذا كان الإعتماد ينص على التداول negotiation يكون دفع مسحوبات المستفيد و/أو المستندات المقدمة على حساب الإعتماد ، دون الرجوع على الساحبين للكمبيالات و/أو الحاملين لها حسنى النية .

وبعد أن سجلت المادة ٩ (أ) من القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية (النشرة ٥٠٠) هذه الأحكام بشأن أداء الإعتمادات القطعية ، مضت المادة (١٠) من تلك القواعد إلى إيضاح الآتى :

١ - يجب أن يبين فى كل ما يصدر من إعتمادات مستندية صراحة ما إذا كان الإعتماد يتيح توفر الدفع بالإطلاع أو بعد أجل أو بالقبول أو التداول .

٢ - مالم ينص الإعتماد الصادر على أنه قابل للإستفادة منه فقط لدى البنك المنشىء ، فإن على الإعتماد أن يصدر مبيناً فى شرطه البنك المرخص له بالدفع عند الإطلاع ، أو تحمل الالتزام مؤجل الدفع ، أو قبول ، أو تداول مسحوبات ومستندات . ويسمى مثل هذا البنك الذى يحدده خطاب الإعتماد الصادر « البنك المعين » nominated bank .

وفى الإعتمادات التى توفر التداول مع أى بنك يعتبر كل بنك من البنوك « بنكاً معيناً » .

٣ - تقدم المستندات للبنك فاتح الإعتماد ، أو للبنك معزز الإعتماد إن وجد ، أو لأى بنك معين آخر .

٤ - يعنى التداول سداد قيمة الكمبيالات أو المستندات بمعرفة البنك المرخص له بذلك أما مجرد فحص المستندات دون سداد القيمة فلا يعتبر تداولاً .

ومن ثم فقد فرقت الوثيقة رقم ٥٠٠ بين مجرد فحص المستندات وبين تداولها . واعتبرت أن مجرد فحص المستندات لإرسالها إلى بنك يقوم بالدفع لا يعتبر تداولاً لها . وأن تداول المستندات يقصد به على وجه التحديد اداء قيمتها . على إنه ولئن كان التداول يستلزم بالضرورة الفحص ، إلا أن التداول شيء والفحص شيء آخر . ولا يعتبر مجرد الفحص تداولاً ، فقد لا يكون البنك الفاحص للمستندات ملزماً بدفع قيمتها . ومن ثم وجب على البنك غير الملتزم بالدفع أن يفصح عند إستلام المستندات إنه يتسلمها دون التزام بالدفع أو القبول أو التداول .

٥ – ما لم يكن البنك المعين هو البنك معزز الإعتماد فإن مجرد تعيين البنك المنشىء للبنك المعين لا يشكل أى تعهد على هذا البنك الأخير بأن يدفع بالإطلاع أو عند حلول ميعاد الإستحقاق ، أو يقبل أو يتداول المستندات ؛ وإنما التزام البنك المعين بذلك يكون إذ قبل صراحة أخذ هذا الألتزام على عاتقه ، واخطر المستفيد بذلك .

وكما سبق أن أوضحنا فأن مجرد إستلام البنك المعين للمستندات أو فحصها لا يشكل التزاماً على هذا البنك بالدفع أو تعهداً بالدفع لآجل أو بالقبول أو التداول .

٦ – أن تعيين أو تسمية بنك أو السماح له بالتداول ، أو تفويضه بإضافة تعزيزه للإعتماد يعد تفويضاً من البنك المنشىء إلى هذا البنك بالدفع أو القبول أو التداول بحسب الأحوال مقابل مستندات تبدو فى ظاهرها موافقة لشروط الإعتماد ونصوصه *، ويعد ذلك تعهداً من البنك المنشىء برد ما أداه ذلك البنك الآخر من مدفوعات .

(*) وليس بلازم أن تكون المطابقة فى هذا المقام حرفية ، ولهذا استخدم نص المادة ١٠ من القواعد والأعراف الموحدة عبارة in compliance with بدلاً من عبارة in accordance with ومن ثم يكفى التوافق والإمتثال لروح الإعتماد . وللبنك أن يرجع إلى عميله فى شأن أى أختلاف يعرض فى هذا الصدد .

هـ - الإعتمادات المعزّزة :

لا يجوز الخلط بين « الإعتماد المعزز » و « الإعتماد القطعى » فإن تعزيز الإعتماد أو تأييده ينصرف معناه إلى ما هو مختلف عما يقصد بقطعية الإعتماد أو عدم قابلية للعدول عنه . فإن « تعزيز الإعتماد » يقصد به إدخال بنك آخر فى العملية . وعادة ما يكون البنك المدخل مراسلاً للبنك فاتح الإعتماد ، يقع مركزه فى البلد الذى تقدم فيه المستندات للتحصيل . وعندما يعزز هذا البنك الآخر الإعتماد القطعى ، فإنه يأخذ على عاتقه التزاماً قبل البائع معادلاً للإلتزام الذى أخذه البنك الفاتح للإعتماد على عاتقه من قبل . وفى هذه الحالة يكون الإعتماد « قطعياً » و « معززاً » . ومن ثم يوفر ذلك ضماناً إضافياً للبائع .

وقد نصت المادة (٩) من « القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية » على أن تعزيز أو تأييد الإعتماد غير القابل للإلغاء من جانب بنك آخر (البنك المعزّز أو المؤيِّد) يطلب منه البنك المنشىء (الفاتح للإعتماد) ذلك التعزيز (أو التأييد) يشكل تعهداً نهائياً أكيداً من البنك المعزز ، يضاف إلى تعهد البنك المنشىء ، بشرط تقديم المستندات المشترطة إلى البنك المؤيِّد ، أو إلى أى بنك آخر يُعيَّن لذلك ، وأن تكون نصوص وشروط الإعتماد قد روعيت .

فإذا كان الإعتماد ينص على الدفع لدى الإطلاع فإن الدفع يتم لدى الإطلاع ، وإذا كان الإعتماد ينص على الدفع المؤجل فإن الدفع يتم فى تاريخ أو تواريخ الإستحقاق التى تتحدد طبقاً لما هو مشترط فى الإعتماد ، وإذا كان الإعتماد ينص على القبول بواسطة البنك المؤيد يتم قبول الكمبيالات المسحوبة بواسطة المستفيد على البنك المؤيد ، ويدفع هذا البنك قيمتها عند الإستحقاق . فإذا كان الإعتماد ينص على القبول بواسطة بنك آخر مسحوب عليه ، فإن القبول والدفع يتم عند استحقاق

الكمبيالات المسحوبة بواسطة المستفيد على البنك المؤيد ، فى حالة ما إذا لم يقم البنك المسحوب عليه الآخر المشترط فى الإعتماد بقبول الكمبيالات المسحوبة عليه ، أو بدفع قيمة الكمبيالات المقبولة بواسطة هذا البنك الآخر فى تاريخ الإستحقاق . فإذا كان الإعتماد ينص على تداول الكمبيالات المسحوبة بواسطة المستفيد و / أو المستندات المقدمة بموجب الإعتماد بدون رجوع على الساحبين أو الحاملين حسنى النية .

وقد نصت المادة ٩ من القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية أيضاً على أنه :

١ - إذا طلب البنك المنشىء من بنك آخر أن يضيف تأييده إلى إعتماد ، أو بعبارة أخرى إذا طلب منه أن يعزز إعتماداً مفتوحاً ، فعلى البنك المطلوب منه التأييد أو التعزيز إذا كان على غير استعداد لتقديم ذلك التأييد أو التعزيز أن يخطر البنك المنشىء بذلك دون تأخير .

٢ - إذا وجد بنك معزز فى علاقة الإعتماد المستندى ، فإنه لا يجوز تعديل الإعتماد غير القابل للإلغاء أو الغاؤه إلا بموافقة البنك المنشىءوالبنك المعزز والمستفيد * .

٣ - إذا مد البنك المعزز تأييده إلى التعديل الذى طلبه البنك المنشىء ، فإن البنك المعزز يضحى ملتزماً بالتعديل الذى وافق عليه التزاماً غير قابل للنقض من وقت الإخطار الصادر منه بمد تعزيزه إلى التعديل . أما البنك المنشىء فيكون ملتزماً التزاماً غير قابل للنقض بالتعديل الصادر عنه من وقت إصداره لهذا التعديل ** .

* وذلك باستثناء ما ورد فى المادة ٤٨ وهى تتحدث عن الإعتمادات القابلة للتحويل (Transferable credits)

** على خلاف ذلك تجرى المادة ٩١ من القانون المدنى المصرى ، إذ تنص على أن « ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل بعلم من وجه إليه . ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك » وإذا اعتبرنا خطاب الإعتماد وأى تعديل يورده البنك عليه تعبيراً من جانب البنك عن إرادته سواءً فى إصدار الإعتماد أو التعديل فيه ، فإنه بمقتضى أحكام =

٤ – وبالنسبة للمستفيد ، تبقى نصوص الإعتماد الأصلى (وما يكون قد أدخل عليها من تعديلات سبق قبولها من جانبه) سارية فى حقه ، وذلك إلى حين أن يبلغ قبوله للتعديل إلى البنك الذى أخطره بالتعديل * .

ثالثا : الإعتمادات والعقود :

نصت المادة الثالثة من الوثيقة رقم ٥٠٠ على أن (١) تعتبر الإعتمادات المستندية بحسب طبيعتها معاملات منفصلة عن عقود البيع أو غيرها من العقود التى تكون هى الأساس لتلك الإعتمادات . ولا ترتبط البنوك بأى وجه من الوجوه بهذه العقود ، ولا تلتزم بها ، حتى لوتضمنت الإعتمادات المستندية إشارة من أى نوع إلى

= هذه المادة لا يكون ما أورده البنك من تعديل على الإعتماد ملزماً له إلاَّ باتصاله بعلم من وجه إليه . ويكون وصول التعبير قرينة على العلم به .

وقاعدة القانون المدنى هذه لا يجوز الأتفاق على مخالفتها فى مصر ، فإذا كانت المادة ٩ د / ٢ من القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية . تذهب إلى خلاف ذلك مقررة أن البنك يصبح ملزماً بالتعديل الذى أصدره بمجرد إصداره له ، أى بمجرد التوقيع من المختصين بالبنك توقيعات معتمدة على مذكرة التعديل ، فإن المادة ٩ د /٢ المشار إليها سوف تكون إذا ما أريد تطبيقها فى روابط خاصة بالقانون المصرى غير جائزة التطبيق لتعارضها مع نص أمر فى هذا القانون .

ولهذا فإنه ينصح بعدم إغفال النص فى خطاب الإعتماد الخاضع للقواعد والأعراف الموحدة (نشرة ٥٠٠) على استبعاد المادة ٩ / د فقرة ٢ من مجال التطبيق . (راجع د . محيى الدين علم الدين – المرجع السابق) وهذا جائز طبقا لأحكام المادة الأولى من « القواعد والأعراف الموحدة » المذكورة .

* حكم الفقرة ٣ هذا من المادة ٩ / د يتيح للمستفيد بغير مبرر مشروع الإحتفاظ بالإعتماد الأصلى وبتعديله ساريين ، يفاضل بينهما ، ويفاجىء البنك المنشىء للإعتماد وكذلك الآمر بفتح الإعتماد بأن يختار إيهما فى أى وقت يشاء ، ويظل هذا الحق قائماً لصالحه إلى آخر لحظة عند تقديم المستندات والمطالبة بدفع قيمة الإعتماد . وهو وما من شأنه أن يثير البلبلة فضلاً عن الاضطراب لدى البنك فاتح الإعتماد وعميله الآمر بفتح الإعتماد .

وينصح بعدم إغفال البنك النص فى الإعتماد على استبعاد حكم هذه الفقرة من التطبيق . كما يمكن أن تحددفترة زمنية فى التعديل يعتبر المستفيد إذا لم يرد خلالها برفض التعديل قابلاً له ، أو بالعكس يعتبر رافضاً للتعديل إذا لم يرد خلال المهلة المحددة بقبوله له . وهذه كلها من الأمور الجائزة طبقاً للمادة الأولى من القواد والأعراف الموحدة (د . محيى الدين علم الدين – المرجع السابق) .

تلك العقود . وعلى ذلك (أ) لا تكون تعهدات البنوك بالدفع أو قبول مسحوبات للدفع ، أو التداول ، أو الوفاء بأى التزام آخر طبقاً للإعتماد ، موضوعاً لمطالبات أو دفوع يتقدم بها طالب فتح الإعتماد نتيجة العلاقة بينه وبين المستفيد (ب) ولا يحق للمستفيد بأى حال من الأحوال أن يفيد من الأرتباطات التعاقدية بين البنوك أو بين طالب فتح الإعتماد والبنك فاتح الإعتماد .

وقد اعتبرت هذه المادة الإعتماد المستندى من قبيل الألتزام المجرد أو الألتزام المعرّى عن السبب شأنه فى ذلك شأن خطاب الضمان المصرفى ، وذلك توفيراً للثقة المتطلبة فى هذه الإعتمادات المستندية من أجل أن تصبح لها القيمة ذاتها التى للنقود ، فيقبل المتعاملون فى سوق التجارة الدولية على استخدامها كبديل للنقود . فحامل الإعتماد المستندى حسن النية يتمتع بحق مجرد عن الدفوع التى قد تكون لأى من الطرفين الأصليين قبل الآخر ، أى لأى من الطرفين فى عقود البيع أو غيرها من العقود التى تكون هى الأساس لتلك الإعتمادات .

ويقوم التزام البنك بالسداد إلى المستفيد على استيفاء الشروط والأوضاع المنصوص عليها فى خطاب الإعتماد ، وليس على أى شروط أخرى وردت فى عقود أو مستندات أخرى تقوم عليها علاقة بين الآمر والمستفيد .

ويترتب على ذلك ، أن المستفيد ليس ملزماً بأن يقدم إلى البنك ما يفيد أداءه لالتزاماته فى عقد البيع ، بل أن يقدم المستندات التى نص خطاب الإعتماد علىّ تقديمها إلى البنك ، وذلك لأن البنك إنما يتعهد بأن يدفع للمستفيد المبلغ المفتوح به الإعتماد عند تقديمه مستندات معينة مشترط تقديمها بخطاب الإعتماد ، وليس عند توريد البضاعة أو الخدمة المتعاقد علىّ بيعها . وعلى هدى من هذه الفكرة الجوهرية التى تنبنى عليها الإعتمادات المستندية نصت المادة ٤ من القواعد والأعراف الموحدة (وثيقة ٥٠٠ وأيضاً وثيقة ٤٠٠ من قبلها) على أنه فى عمليات الإعتمادات المستندية

تتعامل كل الأطراف المعنية بالمستندات وليس بالبضائع أو الخدمات فإن الإعتماد المستندى منبت الصلة قانوناً بعقد البيع أو غيره من العقود التى تكون هى الدافع لإنشاء تلك الإعتمادات . وتنحدر عن ذلك نتيجتان أصوليتان :

الأولى : أن البنك يكتفى بما يقدمه له المستفيد من مستندات ، متى تبين للبنك أن هذه المستندات تتطابق أو على الأقل تتوافق مع ما تطلبه خطاب الإعتماد من مستندات . وعند تقديم هذه المستندات المتطلبة بمقتضى عقد فتح الإعتماد ، يلتزم البنك بسداد مبلغ الإعتماد إلى مقدم هذه المستندات ، وهو البائع عادة ، بل أن البنك يلتزم بصفة عامة بألا يأبه حتى بأمر صادر إليه من الآمر بفتح الإعتماد ، وهو المشترى ، بالإمتناع عن صرف قيمة خطاب الإعتماد إلى مقدم المستندات ، ولو كان البائع (المستفيد) لم يقم بتنفيذ ما التزم به فى عقد البيع كلياً أو جزئياً .

والثانية : ليس للبنك أن يشغل نفسه بمضمون عقد البيع الذى فتح من أجله خطاب الإعتماد بين عميله وبين المستفيد . وإذا قدم البائع المستندات المنصوص عليها فى خطاب الإعتماد ، فإن البنك يلتزم التزاما مطلقاً بأن يدفع للمستفيد مبلغ خطاب الضمان ، حتى لو كان البنك قد أحيط علماً بأن البائع لم ينفذ الإلتزامات التى يفرضها عليه عقد البيع المبرم بينه وبين عميل البنك الآمر بإصدار خطاب الإعتماد .

ولما كان البنك غير ملزم بفحص البضاعة ومعاينتها قبل سداد قيمة الإعتماد ، فإنه يجدر بالمشترى أن يشترط فى عقد فتح الإعتماد أن السداد للبائع (المستفيد) لا يكون إلا إذا تضمنت المستندات التى يلتزم بتقديمها للبنك شهادة من مؤسسة تفتيش محايدة تفيد أن البضاعة المباعة مطابقة للمواصفات المنصوص عليها فى عقد البيع . ومن الأهمية بمكان أن يلفت نظر المؤسسة التى يعهد إليها بعملية التفتيش والمعاينة إلى أن المعايير المتطلبة لإعطاء الشهادة لا تنصرف إلى ما قد تبدو عليه البضاعة فى

الظاهر فحسب ، بل يجب أن تستوفى البضاعة مواصفات الصلاحية الكيميائية أو صلاحية التشغيل أيضاً . وبغير ذلك ، فإن أية شهادة تعطى بصلاحية البضاعة مظهرياً ، قد تفضى إلى حصول المشترى على بضاعة أقل جودة مما كان يتوقع * .

ولا يقوم التزام البنك بسداد قيمة الإعتماد إلى المستفيد ، إلا إذا قدمت له كافة المستندات المنصوص عليها فى عقد فتح الإعتماد . ومن حق البنك أن يرفض السداد إذا تخلف مستند من هذه المستندات ، أو تخلفت عن أحد المستندات المقدمة الأشتراطات المنصوص عليها فى عقد فتح الإعتماد . ولن يعتبر ذلك تـزمتاً أو تعسفاً من قبل البنك ، بل هو من مقتضيات الألتزام بعقد الإعتماد ذاته . وعلى أى حال ، فإن « القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية » قد لطفت الأمر فى هذا الصدد منذ النشرة رقم ٤٠٠ فقد نصت المادة ٤١ (ج) من هذه الوثيقة على ان وصف البضاعة فى الفاتورة التجارية يجب أن يتطابق مع وصفها فى الإعتماد . أما فى كل ما عدا ذلك من مستندات فيجوز أن توصف البضاعة بعبارات عامة لا تتعارض على أى حال مع وصفها فى الإعتماد .

على أن إغفال إصدار خطاب الإعتماد فى الشكل المحدد فى عقد البيع يرقى إلى مرتبة الإخلال بالعقد . ومن ثم يكون للبائع أن يقرر ما إذا كان سوف يصرف النظر عن الألتزام بأحكام العقد المذكور . وإذا لم ينص عقد البيع على الأجل الذى يجب أن يفتح فيه الإعتماد لحساب البائع ، فإن هذا الإعتماد يجب أن يفتح قبل أقرب تاريخ ممكن لشحن البضاعة . ومن ناحية أخرى ، لما كان الإبقاء على الإعتماد مفتوحاً مدة أطول من اللازم هو أمر مكلّف للمشترى ، فإنه يجدر أن يشترط فى العقد أنه لا لزوم

* وحتى لو لم تكن ثمة قاعدة من جانب جهات التمويل الأجنبية أو الدولية تلزم بإجراء التفتيش على البضاعة المبيعة ، إلا أن الإستعانة بالخدمة المؤداة من جهات التفتيش على البضائع يحقق فائدة قصوى . وقدجرى العرف عليها .

لفتح الإعتماد قبل خمسة عشر يوماً من الشحن الفعلى للبضاعة ، أو أن يشترط أى شرط آخر من هذا القبيل . كما أنه إذا شك المشترى فى أن البائع لن ينفذ التزامات العقد ، فإنه يجوز له أن يطلب من البائع أن يتقدم إليه بخطاب ضمان لتنفيذ العملية ، أو بأى ضمان آخر قبل أن يرتب مع البنك فتح الإعتماد .

الفصل الثالث

ضمانات مشترى المشروع الدولى

عرفت مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية إزدهارًا ملحوظًا فى مجالات التجارة الدولية ، وعلى الأخص فى نطاق تجهيز المشروعات الدولية فقد أصبحت هذه المشروعات أكثر ضخامة ، وأكثر تعقيداً ، وأكثر تكلفة ، ولهذا فإن الأهمية المقابلة لذلك فى شأن جوانب تمويلها نمت بدورها نمواً بالغاً .

المبحث الأول

المشاركون فى ضمان تنفيذ المشروعات

ويمكن أن يتخذ التمويل اشكالاً مختلفة ، ويأتى من مصادر مختلفة ويندر ان يكون المقاول من ناحية أو المشترى من ناحية أخرى فى هذه المشروعات قادراً أو راغباً فى تمويل تكلفة المشروع كله بنفسه . ولهذا فان المؤسسات التمويلية ، ووكالات تأمين الصادرات ، ومنظمات التنمية الدولية التى تشارك فيها عدة دول ، تلعب دوراً رئيسياً فى تمويل مثل هذه المشروعات .

وعلى الرغم من أن كثيراً من الملاحظات المدرجة هنا تصدق بالنسبة لمصدر التمويل بصفة عامة ، إلا أن التركيز هنا سوف يكون بالأخص على الضمانات الصادرة من قبل البنوك أو مؤسسات مثيلة . أما المشروعات والمشروعات المشار إليها على هذه الصفحات فتتضمن مختلف أنواع الخدمات ، بالأضافة إلى توريد البضائع . وأبرز أنماط هذه المشروعات التى تؤدى من أجلها أو بمناسبتها هذه الخدمات وتورد البضائع هى مشروعات أقامة مرافق البنية الأساسية ، وذلك عادة على أساس من عقد تسليم مفتاح ، مثل إنشاء المستشفيات والخزانات والمصانع ومحطات مياة الشرب والصرف الصحى الكبيرة وما شابهها ويكون مشترى المشروع عادة ، أن لم يكن لزامًا ، شخصا عاما فى البلد الذى ينفذ فيه المشروع . ويكون المقاول المسئول عن تنفيذ هذه الالتزامات شخصا من أشخاص القانون الخاص ، يتكون فى بعض الأحيان من تجمع عدة شركات كبيرة فى صورة « مشروع مشترك » .

ويستشعر مشترو المشروعات الدولية بصفة عامة الحاجة إلى حماية أنفسهم ضد المخاطر المقترنة بتنفيذ العقد من جانب المتعاقدين الملتزمين بذلك ، إذ يكونون عادة منتمين إلى بلدان غير البلد الذى ينتمى إليه المشترى أو البلد الذى ينفذ فيه المشروع .

ومن ثم لأجل الحصول على الحماية اللازمة ، فان المشترين لا يكتفون بالالتجاء إلى الغطاء التأمينى الذى تقدمه شركات تأمين خاصة أو عامة بل يلجأون أيضا إلى ضمانات تعاقدية .

وفى حالات كثيرة يطلب من المقاول أن يرتب مع بنك أو مؤسسة تمويلية أخرى لتقديم عدة ضمانات لصالح المشترى . ويستهدف المشترى من ذلك التأكد من متانة الوضع المالى للمقاول ، ومن إدائه لما يضعه على عاتقه العقد من التزامات على وجه مرض .

ويزيد من الاهتمام بتوقى الاخطار فى العقود الدولية أن الطرفان فى مثل هذه العقود لا يعرف عادة كل منهما الأخر عندما يجلسان لمناقشة التزاماتها المتبادلة ، وليس بإمكانهما الحصول ابتداء على مؤشرات واضحة عن السمعة المالية والمهنية للطرف الأخر . ويعكس اللجوء إلى التوسع فى استعمال الضمانات فى عقود تسليم المفتاح على الأخص الفلسفة التى تقوم عليها هذه العقود حيث أن التزام المقاول بتجميع المهام والمسئوليات بين يديه يجعله يبدو للمشترى وكأنه فى الواقع الضامن لحسن أداء المشروع برمته .

وينطوى عقد الضمان على ثلاثة أطراف على الأقل : (١) « المقاول » الذى يصدر الضمان بناء على طلبه ، و (٢) « مصدر الضمان » ، و (٣) « المستفيد » وهو المشترى فى العقد الأصلى . ومصدر الضمان قد يكون بنكاً من البنوك أو مؤسسة مالية أخرى مثل شركة تأمين أو شركة صكوك . ولما كان « مصدر الضمان » يصدر الضمان بناء على طلب من عمليه « المقاول » ، فانه يمكن أن يطلق على « المقاول » فى هذه العلاقة الأتمانيه الثلاثية « العميل » .

ويرتقى تمويل المشروعات بإستخدام الضمانات لدرجة عالية من العمل على تفادى المغالطات وسوء الفهم . وفى الحالات البسيطة ، يصدر البنك الضمان لغرض محدد ، بعد ان يكون قد اتفق مع المقاول « العميل » على الضمان المناسب . وقد يتخذ غطاء الضمان صورة التنازل عن نسبة من مستحقات العقد ، أو رهن أصول المقاول ، أو ضمانات مقابلة صادرة من بنك أخر . كما قد يتخذ الضمان هذه الصور جميعا . وبالنسبة للمشروعات الأكبر حجما ، فان هذا النمط يرقى إلى درجة أعلى من التعقيد ، وذلك بتدخل « إتحاد من البنوك » يعرضون على المقاول « تسهيلا إئتمانياً متحداً أو مشاركًا فيه » وفى ظل هذا الإجراء ، يصدر نوع أو أكثر من الضمانات فيما يتعلق ببعض أو كل المشروعات التى يتولاها المقاول على عاتقه . وتقوم الإجراءات فى كنف هذا « الاتحاد من مقدمى التسهيلات الأئتمانية » على وجود مدير يتولى تنظيم العملية ، أى يتولى الإدارة ، ووكيل يجريها ، أى يتولى التنفيذ ، ومشاركين بتكتيل الأئتمانات اللازمة ، كما فى عقود القرض الكبيرة .

وفى ظل نظام « التسهيل الأئتمانى المتحد أو المشارك فيه » يقوم بنك واحد ، يحدده الأتحاد Consortium ، بإصدار الضمانات المطلوبة ، على أن يقوم كل من البنوك وأعضاء الأتحاد المذكور إما بتدبير خطابات ضمان لصالح البنك المصدر وذلك لتغطية الحصة التى وافق البنك المشارك على تحملها ، واما يتفاوض مع البنك المصدر على الصيغة التعاقدية المناسبة التى يتحملها البنك المشارك مثلا فى التعويض الذى قد يقع على عاتق بنك الأصدار إداؤه للغير . فاذا صدر الضمان للمقاول فان بنك الاصدار يدفع للمستفيد ، ثم يرجع على المقاول المتعاقد ... فاذا أخفق هذا الأخير فى السداد رجع بنك الاصدار على البنوك الأعضاء فى الاتحاد الأئتمانى ، كل بحسب حصته

المشارك بها . وبصفة عامة ، فان البنوك التى تشارك فى إتحاد إئتمانى لتمويل مشروعات ائتمانية من هذا القبيل تعمد إلى الحصول على تأمين ضد مخاطر عدم السداد من جانب المقاول أو المتعاقد ، إما من شركات ائتمان خاصة ، أو - وهذا أفضل - من هيئة قومية عامة لضمان الصادرات .

وعندما يكون عقد المقاولة على أساس صيغة « تسليم مفتاح » يلجأ المقاول عادة إلى الحصول على ضمانات مضادة من مقاوليه من الباطن . ذلك أن المقاول فى عقد تسليم مفتاح مطالب فى الإداء بأن يعطى للمشترى ضمانات عن أداء العقد برمته ، حتى ولو أنتقل أداء الجزء الأكبر من العملية إلى أيدى مقاولين من الباطن . وبالنظر إلى ذلك ، فان المقاول يحاول عادة أن يحصل من مختلف مقاوليه من الباطن على ضمانات مقابلة بذات الشروط التى طولب هو بها بمقتضى عقده مع المشترى .

المبحث الثانى

أنـــواع الضـــمانات

وقد صار من الممكن الحصول على أنواع مختلفة من الضمانات بالنسبة للمشروعات الدولية . ويمكن تصنيف هذه الأنواع على أساس من أهدافها وشروطها والظروف التى يمكن مصادرتها فيها . أو طبيعها . وذلك على التفصيل الآتى :

المطلب الأول : صكوك الكفالة وخطابات الضمان :

أن الهدف من الضمان هو كفالة إما أداء الإلتزام بمعرفة متعاقد أخر ، أو إداء مبلغ من المال لقاء التخلف عن أداء الالتزام المضمون ، ويتجه العمل فى أمريكا الشمالية بالنسبة لعقود الاشغال العامة إلى تفضيل الضمانة التى تقدم اداء بديلاً على تلك التى تقدم مقابلاً ماليا لقاء عدم الأداء . وعلى العكس من ذلك فان ضمانات الاداء فى عقود التجارة الدولية قد سارت على تقليد مؤداه أداء بديل مالى عند عدم التنفيذ .

وثمة فرق بين الكفالات أو صكوك الكفالة bonds من ناحية وبين الضمانات البنكية أو خطابات الضمان من ناحية أخرى . وتعتبر الكفالات أو صكوك الكفالة

النوع الأساسى للضمانات فى الولايات المتحدة وكندا . وقد أوجد هذا النوع من الضمانات بالولايات المتحدة فى الأصل رغبة الحكومة تلافى المنازعات مع المتعاقدين المتوقع رسو العقد عليهم بشأن البت فى صلاحية المتقدم للمناقصة لتولى المشروع الحكومى المتناقص عليه .

ولهذا فقد وضع ترتيب من مؤداه أستجلاب شخص أضافى غير المتقدم للمناقصة يكفل قيام هذا الأخير بالمشروع الحكومى الذى سوف ترسو عليه المناقصة . ومن ثم أرسيت قاعدة تقضى بان على المقاول المتناقص على مشروع حكومى ان يرتب مع شركة كفيلة مؤهلة صك كفالة يضمن الأداء الكامل للعقد . وعلى ذلك ، يكون على الكفيل وهو يقرر ما إذا كان سوف يتقدم بكفالته للمتعاقد فى تنفيذه للعقد ، أن يتولى مهمة التأكد على مسئوليته مما إذا كان ذلك المتعاقد المتناقص صالحا للقيام بالتنفيذ من عدمه . ومن أجل هذا ، فان الحكومة ذاتها ، لن تكون بحاجة إلى أن تتخذ أى بحث بشأن هذا الموضوع ، أو تصدر قراراً فى كل حالة فردية بصلاحية أو عدم صلاحية أحد المتعاقدين ، ولهذا السبب ، تتطلب الحكومة الأمريكية عادة من المتناقص أن يقدم كفيلا يضمن بلا تحفظات التنفيذ الأمين والكامل للعقد برمته . فاذا أخل أو تخلف المتعاقد ، فان الكفيل يكون ملزما بأن يكمل الأعمال بذات الشروط والأوضاع التى تضمنها العقد الأصلى . وقبل أن يطلب من كفيل أن يتولى إلتزاماته بمقتضى عقد الكفالة يجب ان يثبت ان المتناقص المتعاقد قد أخل بالتزاماته التى حمله بها العقد الأصلى المكفول . ومن أجل ذلك إما أن يقر بالأخلال ، أو يصدر ضده حكم قضائى أو قرار من لجنة تحكيم تدمغه بهذا الأخلال ، فإذا ثبت أن الخطأ أو الأخلال بالعقد كان من جانب المستفيد من الكفالة ، فان هذا الأخير ، وهو جهة الإدارة المتعاقدة ، لن يكون له الحق فى مطالبة الكفيل بتعويض الأضرار المتسببة . ومن هذه الزاوية على الأخص ، يبين وجه أختلاف الكفالة عن خطابات الضمان المصرفية ، ذلك أن الكفالة

حتى تؤتى آثارها القانونية فى تعويض المستفيد يجب أن يثبت الخطأ فى جانب المكفول وهذه النتيجة هى ما يجعل الكفالة مستحبة من جانب المقاولين وضامنيهم فى عقود التجارة الدولية .

أما الضمانات المصرفية فهى إلى حد بعيد شبيهة بخطابات الاعتماد القطعية . وهى تدفع عند الطلب ، وليس المستفيد بحاجة إلى تقديم دليل لتأييد طلبه . وعلى البنك أن يستجيب إلى تسييل خطاب الضمان فى أى وقت يطلب المستفيد ذلك ، ولايحق للمقاول أن يمنع البنك من الدفع ، حتى لو كان طلب التسييل دون أدنى أخلال بالعقد المبرم بين المقاول وهو الآمر بإصدار الخطاب وبين المستفيد وهو رب العمل . فهذه علاقة منبتة الصلة قانونا بالعلاقة التى تنشأ بين البنك والمستفيد وإن نشأت عن أمر صادر إلى البنك من جانب المقاول . وقد ذهب البعض لذلك فى تكييف هذا العقد إلى أنه تعهد لمصلحة الغير .

وهذا التسييل لخطاب الضمان بناء على طلب المستفيد دون أدنى قدرة على وقف ذلك أو منعه من قبل الآمر باصدار الخطاب أو من قبل البنك ، هو أحد الأسباب التى جعلت خطابات الضمان غير مستحبة من قبل المقاولين عادة كأسلوب من أساليب ضمان العقود الدولية . هذا فضلا عن أنه من الناحية المحاسبية كثيرا ما يقيد خطاب الضمان المصرفى فى دفاتر المقاول وحساباته دينا على عاتقه ، (ولا ينتقص من ذلك أن يكون محتملا أو مرهونا بشرط) مما يقلل من قدرة المقاول فى الحصول على تمويل إضافى .

وصكوك الكفالة مألوفة فى إمريكا الشمالية ، أو بعبارة أخرى فى كندا والولايات المتحدة الامريكية ، ولكن فى أغلب بلدان أوروبا الغربية ظلت « الوسيلة التقليدية » فى حماية عقود الاشغال العامة وغيرها من عقود التجهيز الكبيرة لازالت سارية ، ونقصد بذلك خطابات الضمان المصرفية . أما فى اليابان ، فبالنسبة للعقود المحلية فتدبر الضمانات عادة عن طريق متعاقد أخر مشهود له بالكفاية يأخذ على عاتقه التزامات

المتعاقد الأصلى عند عدم تنفيذه لها . أما على الصعيد الدولى ، فانه نظرا لغياب القاعدة الموحدة فى هذا المقام ، فان المنافسة بين المتناقصين فى عقود التجهيز الدولية يمكن أن تختل بما سوف تتطلبه الجهة الداعية إلى المناقصة من تأمينات للعقد المتناقص عليه . وعلى سبيل المثال ، فانه إذا كانت شروط المناقصة تتطلب صكوك كفالة بواقع مائة فى المائة فان المتقدمين بعطاءاتهم من أمريكا الشمالية سوف يتمتعون بميزة يتفوقون بها على المقاولين الأوروبيين الذين لا تألف أنظمتهم الائتمانية سوى خطابات الضمان المصرفية .

وقد واجهت التعديلات المدخلة على لائحة مناقصات البنك الدولى منذ عام ١٩٨٠ هذا الأمر فنصت اللائحة المعدلة على أنه فى حالة الأعمال المدنية يجب أن يقدم التأمين إما فى صورة ضمان أداء أو كفالة مصرفية وذلك بحسب ما يختاره المتقدم إلى المناقصة أى المقاول . وفى الأصل ، كانت لائحة مناقصات البنك الدولى التى تأثرت فى هذا المقام بما يجرى عليه العمل فى الولايات المتحدة تنص على أن العقود الممولة من جانب البنك الدولى يجب أن تقدم تأميناتها فى صورة ضمانات أداء ، أى كفالة غير مصرفية تقدم عادة من شركة من شركات التأمين . وقد أثار ذلك إحتجاج كثير من المقاولين الدوليين وعلى الأخص الأوروبيين منهم ، وتمسكوا بأنه بقصر الشكل المقبول من تأمينات العقود الممولة من البنك على ضمانات الأداء (بوندز) فان البنك إنما يجرى تفرقة ليست فى صالحهم . ومن مؤدى ذلك تمييز المقاولين الأمريكيين عليهم . ولما أدرك البنك الدولى وجاهة هذه الاعتراضات أدخل تعديلا على لائحته بنص من مؤداه أن للمقترض (رب العمل) الحق فى أن يحدد الصورة التى يتطلب من المتناقص أن يقدم بها ضمانات العقد . أى أن لرب العمل أن يختار أن يكون تأمين العقد إما ضمان أداء (بوندز) أو كفالة مصرفية (بانك سيكيوريتى) .

على أن ترك الاختيار لرب العمل أو للمشترى لم يفض المشكلة على أى حال . ففى الأحوال التى تطلب فيها المقترضون (وهم أرباب الأعمال أو المشترون) خطابات ضمان مصرفية كتأمين للعقد ، تظلم المقاولون الأمريكيون الى البنك الدولى من انهم تعرضوا بذلك الى تفرقة تعسفية بالمخالفة لمبدأ أصولى فى لوائح البنك مؤداه كفالة المساواة بين المتناقضين نصا وروحا . وفى الأحوال التى تطلب المقترضون تأمينا للعقد فى صورة ضمان أداء غير مصرفى تظلم المقاولون غير الأمريكيين من ان اجراءات المناقصة الممولة من البنك قد أخلت بمبدأ المساواة بين المتناقصين ، وأجرت تمييزا غير مبرر لصالح المتناقصين الأمريكيين . وفى كثير من الأحيان ، كان اختيار رب العمل لهذا أو ذلك من صور التأمينات العقدية متأثرا باعتبارات التنفيذ ، ومبلغ سهولة مصادرة التأمين . وقد تبين بعض أرباب الأعمال عندما حاولوا التنفيذ على الضمانات غير المصرفية (بوندز) انهم يتعرضون لدفوع من جانب كل من المقاولين أنفسهم وشركات التأمين المصدرة لصكوك الكفالات غير المصرفية بأنه ليس من حقهم ، أى من حق أرباب الأعمال ، اجراء هذا التنفيذ ، بمقولة انهم لم يثبتوا فى جانب المقاولين أى أخطاء فى تنفيذ العقد ، أو ان ما وقع من أخطاء لا يتحمل المقاول مسئوليته ، وهو ما يترتب عليه الدخول فى منازعات قانونية مطولة ومكلفة .

على انه من ناحية أخرىٍ أيضا فان العمل قد كشف عن حالات عمد فيها أرباب الأعمال أو المشترون الى مصادرة التأمين وتسييل خطابات الضمان المصرفية لصالحهم دون سند مقبول . (وليست حالة ايران بالبعيدة عن الأذهان) .

وازاء ذلك كله ، فقد قرر البنك الدولى أن الحل الموضوعى الوحيد لهذه المشكلة هو أن يسمح للمتقدم بالعطاء ، أى للمقاول أو المورد ، أن يختار صورة التأمين الذى يراه ، وأن يؤبى على رب العمل (المقترض) أن يحدد بنفسه التأمين بالنسبة لعقود الأشغال المدنية . ومن ثم يكون تأمين الأداء فى هذه العقود فى صورة كفالة أداء

أو خطاب ضمان مصرفى حسب ما يختاره المقاول ، فلا يجوز أن يرد النص فى وثائق المناقصة على أن يكون فى صورة كفالة أداء فحسب أو خطاب ضمان مصرفى دون سواه [1] . وبطبيعة الحال ، فان البنك يسهر على مراعاة ذلك من واقع مراجعته لوثائق المناقصة .

أما فى غير عقود الأشغال المدنية من عقود تجهيز مشروعات التنمية الممولة من البنك الدولى ، فيجوز للمقترض أن ينص فى وثائق المناقصة على صورة التأمين الذى يتطلب تقديمه .

على انه نظرا لتزايد الاهتمام بتلافى التسييل غير المبرر لخطابات الضمان المصرفية من قبل المشترين وأرباب الأعمال فقد اتجه مجتمع المصدرين الدوليين الى معالجات جديدة لمثل هذه الضمانات من أجل تجنب الاساءة الى مصالحهم .

المطلب الثانى

خطابات الضمان المشروطة وغير المشروطة

أولاً- شروط وظروف مصادرة الضمان :

تجرى تفرقة تقليدية بين الضمان غير المشروط (الذى يمكن أن يسيّل عند أول طلب) والضمان المشروط (الذى لا يمكن أن يسيل إلاّ بناء على تقديم مستندات معينة أو حكم قضائى أو قرار لجنة محكمين) وعندما يكون الضمان « غير مشروط » أى يدفع عند أول طلب دون حاجة إلى تقديم دليل على إخلال المتعاقد المكفول فى أداء التزاماته ، أو أستلزام أى شرط آخر ، فانه يدفع بناء على طلب من جانب واحد ، وذلك بأن يقوم المتعاقد المكفول باخطار البنك بالدفع إليه دون حاجة إلى أى إخطارات

---

(١) وبالتالى أيضا فان التشريعات المحلية التى تحكم تجهيز مشروعات التنمية فى بلد المقرض (مثل القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصات والمزيدات فى مصر) لا تسرى على المناقصات الدولية التنافسية لعقود الأشغال العامة الممولة من جانب البنك الدولى الا اذا وافق البنك الدولى على غير ذلك . (راجع أيضا ص ٨١ وما بعدها من مؤلفنا عن لائحة مناقصات البنك الدولى) .

أو موافقات أخرى . وعلى العكس من ذلك ، فان الدفع فى حالة الضمان المشروط ، أى الضمان المستندى ، لا يكون مطلقا ، بل يتوقف على إستيفاء بعض الشروط والأوضاع التى لا نجدها مشترطة فى حالة الضمان غير المشروط . ولهذا فقد جرى كثير من الفقهاء على وصف الضمان فى الحالة الأولى بأنه ضمان مطلق ، بينما هو فى الحالة الثانية ضمان نسبى . وقد جرى العمل فى عقود التجارة الدولية على أن يكون الضمان بصفة عامة مشروطاً أى نسبياً ، ما لم يفصح عن غير ذلك إفصاحاً بينا .

ثانيا - مخاطر الضمانات غير المشروطة بالنسبة للمقاول :

وتكاد تنطوى الضمانات غير المشروطة على مخاطر بالغة الاهمية بالنسبة للمقاول مادام ان الضمان قد يسيَّل بدون حاجة إلى إستلزام أى دليل على اخلاله بالتزاماته الأصلية المكفولة بالضمان ، أو عدم أدائه لها طبقا للعقد المكفول . ويحدث التسييل فى بعض الأحيان من جانب أرباب اعمال أى مشترين غير مقدرين للمسئولية ، حتى لو لم يكن المقاول قد أخل بالتزاماته التعاقدية . ويوصف اللجوء إلى هذا التسييل عادة بانه اساءة لاستعمال الحق ، وهو ما ينطوى على خطأ فى التعبير ، ذلك أن الضمان الذى يكفل التنفيذ على هذا النحو يمكن ان يسيَّل حتى فى حالة انتفاء الأخلال أو عدم الأداء ، وهو ما يعكس حقيقة أن هذه الضمانة تستند إلى عقد يتمتع باستقلال عن العقد الأصلى إلى حد كبير .

فالنظرة القانونية السليمة إلى خطاب الضمان غير المشروط أنه تعهد نهائى يصدر من البنك بناء على طلب عميله بدفع مبلغ نقدى معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك منه خلال مدة محددة . والبنك اذ يصدر خطاب الضمان لصالح دائن عميله لا يضمن به حسن تنفيذ العميل لإلتزامه أمام دائنه . ويترتب على استقلال التزام البنك الثابت فى خطاب الضمان عن دين العميل الناشىء من العلاقة بينه وبين المستفيد ان أحكام الكفالة المدنية لا تنطبق ، بل يخضع دين كل منهما للعلاقة التى

نشأ عنها ولاحكام هذه العلاقة وحدها ، فلا حاجة للبنك إلى إخطار المدين (عميله) قبل أن يدفع المستفيد بدفوع مستمدة من العلاقة بين المستفيد وعميل البنك ، وليس للعميل أن يعارض فى وفاء البنك للمستفيد بسبب مستمد من علاقة العميل بهذا المستفيد. ويتحدد التزام البنك بعبارة الخطاب الذى يصدره، والمعتاد ان يتضمن الخطاب تعهدا نهائيا من البنك بدفع المبلغ موضوع الخطاب لدى أول طلب يقدمه المستفيد فى مدة سريان الضمان وبالرغم من أى معارضة من عميله، وقد ينص على ان يكون الدفع فورا . وعبارة الخطاب ذاته هى التى تكتسب اهميتها فيما يتعلق بجديه التزام البنك ، بحيث إذا تحققت الشروط الواردة فيه وجب على البنك الوفاء بما تعهد به .

ويرتبط التمسك بأن يكون الضمان المقدم ضمانا غير مشروط بالخلفية التاريخية لهذا الضمان الواجب الاداء عند أول طلب . ففى الأصل ، كان المشترون يتطلبون ان يودع لديهم أو لدى بنوكهم مبالغ نقدية أو سندات ائتمانية . ولكن بسبب أرتفاع تكلفة ذلك بالنسبة للمتعاقدين المحتاجين للائتمان بدأ المشترون بالتدريج يتحولون إلى قبول الضمانات المصرفية بدلا من الأموال السائلة أو السندات الأئتمانية على شريطة ان تحقق هذه الضمانات تأمينا مماثلاً للضمانات الأصلية . وقد تجلى أن الضمانات القابلة للتسييل عند أى طلب والصادرة من البنوك المحلية هى البديل الوحيد للودائع التى كانت توضع بين يدى المشترين لارتضاء أرساء العقود على المقاولين .

وتتزايد المخاطر التى ينطوى عليها خطاب الضمان المصرفى غير المشروط بعدم تحديد أجل صريح لانقضاء الضمان . وعلى سبيل المثال ، فقد وجدت حالات طلب فيها المشترون تسييل خطابات الضمان غير المشروطة المقدمة اليهم ، بعد ان كان قد مضى عـــلى إنجـــاز المشروع على اكمل وجه وقت طويل . ويرجع قيام هذا الخطر عادة ، إلى إهمال المقاول أوعدم تحرزه فى هذا المقام ، إذ عليه ان يتحقق على الدوام من ان

سريان الضمان ليس إلى أجل مفتوح . وعلى أى حال ، ففى ظل قوانين بعض البلاد مثل تركيا وسوريا ، فان الضمان يمكن تسييله قانونا فى أى وقت مادام أن صكه لازال لم ينقل ماديا إلى يدى المقاول لأجل الالغاء ، وذلك دون اعتداد بأى تاريخ انقضاء مدرج فى وثيقة الضمان ذاتها .

ثالثا : مشكلات يثيرها خطاب الضمان غير المشروط :

تثير خطابات الضمان غير المشروط ، مشاكل عملية وقانونية ، ترقى بعضها إلى مرتبة عالية من الجسامة والتعقيد ، وتؤدى فى كثير من الأحيان إلى إنعكاسات سيئة على مسارات عقود التجارة الدولية ، مما يفضى أيضا إلى تعويق مشروعات التنمية فى البلدان التى بحاجة إلى الأموال والخبرات الأجنبية . وتتفاقم هذه المشكلات عندما يكون المستفيد هو أحدى الجهات الإدارية ، والعميل مقاول أجنبى أستصدر خطاب ضمان ابتدائى أو نهائى يقدمه لتلك الجهة . ويمكن حصر هذه المشكلات على ضوء التجربة المصرية فى عقود الاشغال العامة على الأخص وأوجه تضرر المقاولين الأجانب فى الصور الآتية :

١ - فيما يتعلق بخطابات الضمان الابتدائى أو المؤقت ، وهى الخطابات التى يكون تقديمها متطلبا لدخول المناقصة ، وتكفل عدم نكوص مقدم العطاء عن شروط عطائه أو سحبه قبل الميعاد الذى تحدده الجهة الادارية للبت فى العطاءات المقدمة - فيما يتعلق بخطابات الضمان هذه ، تطول الاجراءات الخاصة بالبت فى العطاءات ، مما تعمد معه الجهة الادارية إلى مطالبة المتناقصين مقدمى العطاءات بتمديد أجل سريان خطابات الضمان الابتدائى أو المؤقت مما مفاده اضطرار المقاول إلى اللجوء إلى البنك مصدر خطاب الضمان لاتخاذ أجراءات التمديد لمواجهة مد أجل سريان العطاء ، وقد يحدث ذلك أكثر من مرة ، مما يضيف على عاتق مقدمى العطاءات أعباء مالية جديدة .

٢ – على الرغم من أن أحكام المناقصات والمزايدات الصادرة بالقانون المصرى رقم ٩ لسنة ١٩٨١ تحث جهات الإدارة إلى سرعة رد مبالغ التأمين الابتدائى أو المؤقت إلى كل مقاول لم ترس عليه المناقصة ، بل وحددت المادة ٧١ من اللائحة التنفيذية للقانون المذكور هذه المدة بسبع أيام عمل بعد إنتهاء المدة المحددة لسريان العطاء أو قبل ذلك إذا تم تحصيل التأمين النهائى من صاحب العطاء المقبول ، كما حثت أحكام هذه المادة إيضا على أن يرد التأمين الابتدائى إلى أصحاب العطاءات غير المقبولة بغير توقف على طلب منهم ، سواء كان نقدا أو بشيك أو بخطاب ضمان - على الرغم من ذلك ، فان الجهات الإدارية لا تبادر إلى رد خطابات الضمان المؤقت إلى المتناقصين الذين لم ترس عليهم العملية . بل يمتد تراخيها فى ذلك إلى حين توقيع العقد النهائى ، وقد لا يكون ذلك مع من رست عليه المناقصة بل مع من يليه أو يليه ، وهكذا . ولئن كانت المادة ٢٠ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ تنص على أن صاحب العطاء المقبول يجب ان يودع فى فترة لا تجاوز عشرة أيام من تاريخ اليوم التالى لإخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه ما يكمل التأمين المؤقت ويصبح بذلك قد أدى التأمين النهائى ، وبالنسبة للعقود التى تبرم مع متعاقد فى الخارج يكون إيداع هذا التأمين فى فترة لا تجاوز عشرين يوما ، الا انه يجوز أيضا بموافقة السلطة المختصة مد المهلة المحددة لايداع التأمين النهائى بما لا يجاوز عشرة أيام . ومهما يكن فان جهة الإدارة تتراخى كثيرا بعد هذه المدد التى لا تتجاوز ثلاثين يوما فى أخطار المقاول الذى رسا عليه المزايدة برسوها عليه . وتظل تأمينات المتناقصين غير المقبولين محتجزة ، ولا ترد إليهم فى بعض الأحيان فعلا إلاّ بعد شهور وربما بعد سنين من التاريخ الذى ينتهى فيه الغرض الذى حدده القانون لها .

٣ – قد يكون المقاول الذى رسا عليه العقد ، وقدم لجهة الإدارة خطاب الضمان النهائى ، ماضيا فى تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها على أكمل وجه ووفقا لأحكام العقد ومتطلباته ، ولكنه يفاجأ دون أدنى سبب راجع إليه بأن جهة الإدارة قد بادرت إلى تسييل خطاب الضمان لصالحها ، ويلتزم البنك بدفع قيمة الخطاب إليها متى كان غير مشروط ، أى واجب الدفع للمستفيد عند أول طلب . وإذا استوضح المقاول سبب ذلك الإجراء ، تعللت جهة الإدارة بعلل واهية أو لا تتعلل بأى علل على الأطلاق .

٤ – على الرغم من ان المقاول يكون فى كثير من الأحوال قد سلم الأعمال التى انجزها إلى الجهة الأدارية المتعاقدة ، تسليما مؤقتا ثم نهائيا بحسب الأصول وفى المواعيد المقررة لذلك ، قد يجد جهة الإدارة تتراخى دون مبرر مشروع فى رد خطاب الضمان النهائى كليا أو جزئيا .

وتنص الفقرة (د) من المادة ٨٣ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ على إنه « عند تسليم الأعمال نهائيا بعد مدة الضمان وتقديم المقاول المحضر الرسمى الدال على ذلك ، يسوى الحساب النهائى ويدفع للمقاول باقى حسابه بما فى ذلك التأمين النهائى أو ما تبقى منه » .

ونصت المادة ٨٥ من اللائحة المذكورة على انه : « بعد إتمام التسليم المؤقت يرد للمقاول – إذا لم توجد قبله مطالبات للجهة المتعاقدة أو لأية مصلحة حكومية – ما زاد من قيمة التأمين النهائى على النسبة المحددة من قيمة الأعمال التى تمت فعلا وتحتفظ الجهة المتعاقدة بهذه النسبة لحين إنتهاء مدة الضمان وإتمام التسليم النهائى » .

ونصت المادة ٨٦ من اللائحة المذكورة على إنه : « وعند تمام التسليم النهائى يدفع للمقاول ما قد يكون مستحقا له من مبالغ ويرد إليه التأمين النهائى أو ما تبقى منه »

رابعا : استحكام الخلاف بين العميل والمستفيد على صرف خطاب الضمان غير المشروط :

وقد يستحكم الخلاف بين العميل (المقاول) والمستفيد (رب العمل وقد يكون جهة إدارية تقوم بمشروع من مشروعات التنمية الممولة من جهات تمويل خارجية) . فالعميل يدعى إنه ليس للمستفيد ان يسيِّل خطاب الضمان لصالحه ، فقد انجز الأعمال التى التزم بإنجازها ، وقام بتسليمها سواء تسليما مؤقتا أو نهائيا ، ومن ثم ماعاد لخطاب الضمان مبرر بعد إنتهاء العملية المتعاقد على تنفيذها . أما المستفيد فهو ليس بحاجة إلى أن يدعى بشىء ، فخطاب الضمان الذى فى يده خطاب ضمان غير مشروط واجب الدفع من قبل البنك عند أول طلب ، وليس للبنك ان يخوض فى تفاصيل العلاقة بين العميل والمستفيد ، حتى ولو كانت هى العملية التى صدر خطاب الضمان بشأنها ولا أن يحتج على المستفيد بحجج أو دفوع مما يجوز للعميل ان يحتج بها قبل المستفيد .

وقد يحتدم النزاع بين الطرفين ، العميل والمستفيد ، ويتوالى صدور الأحكام القضائية أو قرارات التحكيم لأى منهما أو عليه ، ويجد البنك مصدر خطاب الضمان نفسه فى حرج شديد بين عميله والمستفيد . وفى هذا المقام قد يلجأ العميل (المقاول الأجنبى) إلى القضاء فى بلده طالبا الحكم بمنع البنك المصرى من أداء قيمة الضمان إلى المستفيد ، (وقد يكون جهة من جهات الإدارة المصرية ، وذلك عادة عند تجهيز مشروع من مشروعات البنية الأساسية) أو بمنع البنك المراسل الموجود فى بلد العميل من الدفع إلى البنك المصرى والمستفيد المحلى . وقد يلجأ المستفيد من ناحيته الى القضاء المصرى للحكم بسرعة الزام البنك بأداء قيمة خطاب الضمان غير المشروط الصادر لصالحه أو بتوقيع حجز إدارى ضد البنك . وقد يصدر لكل من الطرفين الحكم

من جهة القضاء الذى انتصف إليه ، سواء كان القضاء الوطنى أو القضاء الأجنبى وتكون النتيجة عندما ينفذ البنك المصرى حكم القضاء الوطنى بتسييل خطاب الضمان لصالح المستفيد (رب العمل) لا يستطيع أن يسترد من البنك الأجنبى المراسل قيمة خطاب الضمان الذى يكون البنك قد دفعه فى هذه الحالة من ماله ، وهو ما يمثل خسارة لحقت به ، وذلك عندما يحتج عليه البنك الأجنبى المذكور بان قضاء البلد الذى يتبعه قد حكم بمنعه من هذا الأداء .

وقد سبق أن رأينا من قبل مؤدى « التعهد بالضمان المقابل » بين البنوك المحلية والبنوك الأجنبية فى شأن « خطابات الضمان الخارجية » وكيف تتم هذه العملية إذا كان خطاب الضمان صادراً عن بنك فى الخارج ، حالة كون المادة ٦٩ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ تنص على إنه « إذا كان التأمين كتاب ضمان وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة » [١] ولهذا ، فان موضوع خطابات الضمان غير المشروطة ، واستخدامها على الأخص فى نطاق التجارة الخارجية أصبح يثير كثيرا من الجدل ، واحتاج إلى تداركه بحلول أكثر ملاءمة لاعتبارات تبادل الأموال والخبرات بين الدول الغنية والدول الأخذة في النمو [٢] .

---

١ – راجع ماسبق أن توضح فى شأن التسوية التى تتم بين البنك المحلى والبنك الغير مقيم المراسل له .

٢ – وفى مقال للدكتور محى الدين علم الدين بعنوان « خطابات الضمان – لماذا أصبحت مشكلة » بالعدد الصادر ١٠ / ١٢ / ١٩٨٤ من مجلة الأهرام الاقتصادى أقترح سيادته في هذا المقام حلا مؤداه : وضع شرط فى خطابات الضمان الخارجية وفى طلباتها ينص على إنه فى حالة وقوع خلاف بين العميل والمستفيد (المقاول وجهة الإدارة) على مدى أحقية الأخيرفى اقتضاء قيمة خطاب الضمان يكون على البنك ان يؤدى قيمة الضمان إلى المستفيد بصفة مؤقتة ويقبل الأطراف مقدما الدخول فى تحكيم دولى لدى إحدى جهات التحكيم (مثل مكتب القاهرة الأقليمى للتحكيم التجارى الدولى أو محكمة لندن للتحكيم أو غرفة التجارة الدولية) لتحديد حقوق الأطراف الموضوعية . ويكون من حق البنك إقتضاء قيمة المبلغ المدفوع إلى المستفيد من العميل فور أدائه بحكم من المحكم قبل الدخول فى الموضوع .

على أن الدكتور محى الدين علم الدين يعود فيقول ان هذا الشرط قد يبدو صعب القبول بالنسبة للجهات الحكومية التى تعامل هذه المسائل بنوع من التصلب وعدم المرونة . وفى هذه الحالة يمكن أن يكتفى البنك المحلى بالنص فى طلب العميل وفى خطاب الضمان الخارجى ، على ان خطاب الضمان هذا يخضع للقواعد الموحدة لضمانات =

خامسا - الجدل حول خطابات الضمان غير المشروط فى ممارسات التجارة الدولية :

وقد أبان العمل بعض السمات المميزة لخطابات الضمان غير المشروطة أو المطلقة أو الواجبة الدفع عن أول طلب .

وأولى هذه السمات أن هذه الخطابات تختلف عن الضمان العادى الذى يكون فيه التزام الضامن أو الكفيل التزاما تابعاً ذلك أن خطاب الضمان غير المشروط ينطوى على التزام مستقل عن التزامات العقد الأصلى .

وثانى هذه السمات أن المحاكم وهيئات التحكيم كثيرا ما طبقت على المنازعات التى تثيرها خطابات الضمان غير المشروطة ذات الأحكام التى طبقتها بالنسبة لخطابات فتح الأعتمادات التجارية .

سادسا - خطابات الضمان غير المشروط ، وخطابات فتح الاعتماد تحت الطلب :

تشبه خطابات الاعتماد تحت الطلب خطابات الضمان غير المشروط إلى حد بعيد سواء من الناحية العملية أو القانونية . وقد يمكن ان يمد العمل ببعض جوانب التنظيم القانونى سواء على المستوى الدولى أو المحلى لخطاب فتح الاعتماد إلى مجال خطاب الضمان غير المشروط .

وتعنى خطابات الاعتماد تحت الطلب التزاماً يتيح للمستفيد الافادة من التزام ملقى على عاتق مصدر الخطاب بالسداد فى حالة أى إخلال من جانب من فتح الاعتماد بإسمه (العميل) فى تأديته لأحد الالتزامات . وقد استخدمت البنوك فى البلاد التى تمنعها قوانينها عن إصدار خطابات ضمان الا بأذن خاص من بعض السلطات المصرفية (مثلما فى الولايات المتحدة الأمريكية) إستخدمت أداة خطابات

= العقود (الوثيقتين رقمى ٣٢٥ و ٤٥٨ الصادرتين من غرفة التجارة الدولية) وهذه القواعد تنص على إخضاع الخطاب عند الخلاف للتحكيم الدولى عن طريق غرفة التجارة الدولية ، ويعقد فى بلد البنك الذى أصدر خطاب الضمان . وبذلك يتم التحكيم فى مصر ، ويطبق عليه القانون المصرى وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية (راجع ص ٥٦٢ من الجزء الأول من مؤلف الدكتور محى الدين إسماعيل « موسوعة أعمال البنوك من الناحية القانونية والعملية » طبعة ١٩٨٧) .

فتح الاعتماد تحت الطلب لتحقيق الأغراض التى تحققها خطابات الضمان غير المشروط .

وإذا وضعنا موضع الاعتبار المنازعات التى قد يثيرها موضوع خطابات الضمان غير المشروطة فى ظل نظم قانونية محلية عديدة ، فإنه عند تحرير عقد من العقود الدولية تعن الحاجة كثيراً إلى ان يوضع موضع الاعتبار تدارك ما قد يثيره تنازع القوانين المحلية من مشاكل فى هذا المقام . ومنها على سبيل المثال مدى حق البنك مصدر الضمان فى رفض الدفع إلى المستفيد على أساس ان المطالبة بالدفع إنما تقوم على غش وتلاعب ، وذلك بأن يكون المكفول (العميل) قد وفى بالالتزام الذى صدر من أجله خطاب الضمان .

وقد عنيت غرفة التجارة الدولية بهذا الموضوع فأصدرت وثيقتها رقم ٣٢٥ بعنوان « القواعد الموحدة لضمانات العقود » بتاريخ ٢٠ / ٦ / ١٩٧٨ . ومن بعدها الوثيقة رقم ٤٥٨ المنشورة فى أبريل ١٩٩٢ .

وفى كل الأحوال ، تعن الحاجة فى هذا المقام إلى إتباع تفسير ضيق ، ولهذا فمن النادر أن يكون البنك فى موقف يمكنه ان يعرف ما إذا كان طلب الدفع يقوم على أساس سليم أم لا . أو على الأقل ، لن يكون بإمكانه ان يثبت فى حينه عدم سلامة الطلب ، ولهذا فسوف يكون عليه ان يدفع .

ويقود ذلك كله إلى القول بان خطاب ضمان الأداء غير المشروط هو بدوره خطاب إعتماد تحت الطلب . وعندما يصدر البنك ضمان أداء عليه ان ينفذ هذا الضمان على ما جاءت به أحكامه ، وليس من شأنه ان يكترث بما تكشف عنه العلاقة بين المورد والمستورد ، أو ما إذا كان المورد قد نفذ التزامه قبل المستورد على أكمل وجه أم إنه قد اخل بالتزاماته التعاقدية على أى وجه . وعلى البنك ان يوفى بالتزامه بالضمان دون حاجة إلى تطلب أى دليل يتعلق بمجريات تنفيذ المقاول لالتزامه قبل من صدر لصالحه خطاب الضمان ، مالم يكن هناك دليل صارخ على خلاف ذلك .

ولعل فى اتجاه المحاكم إلى التغول فى العلاقة الأصلية المكفولة بخطاب الضمان لتبين ما إذا كان المكفول قد أخل أو لم يخل بالتزامه أو تطلب التقدم بالأدلة المستندية التى تسند طلب المستفيد من خطاب الضمان فى تسييله ، ما يدفع إلى الإعراض عن إستخدام خطابات الضمان فيما شرعت له ، وعندئذ سوف نجد الدائنين الأصليين يعودون إلى ما كانوا يعمدون إليه من قبل ، الا وهو تطلب تزويدهم بايداعات نقدية ضامنة لحسن تنفيذ مدينيهم لالتزاماتهم بالأداء .

وكما سبق أن أوضحنا فيما تقدم ، فان ثمة أنواعًا مختلفة من خطابات الضمان تتمشى مع المراحل المتعاقبة لانجاز المشروعات الدولية وفى كثير من الحالات ، تصدر خطابات الضمان المذكورة من البنك ذاته تباعا ومعززة لبعضها .

وهذه الضمانات تعتبر عادة من قبل البنك اعتمادا أخر يضاف تعزيزا لموقف العميل . وتصدر البنوك خطابات الضمان لصالح عملائها كاحدى الميزات التى تقدمها لهم لمؤازرتهم فيما يدخلون فيه من صفقات تجارية دولية . وفى هذا السبيل يعمد البنك عادة إلى تحميل العميل بجزء أو بكل قيمة الضمان حسب قدرته التعاملية مع البنك . وتصل الضمانات الابتدائية عادة إلى ما يعادل من ١ ٪ إلى ٥ ٪ من قيمة العطاء . وفى بعض الاحيان القليلة إلى ١٠ ٪ أما ضمانات التنفيذ فتصل إلى ما يعادل من ٥ ٪ إلى ١٠ ٪ واستثناء إلى ١٥ ٪ من قيمة العقد . كما تصل ضمانات المدفوعات المسبقة إلى ٢٠ ٪ من قيمة العقد .

ومن أجل تخفيض العبء المالى المتولد عن مثل هذه الضمانات ، فانه يجدر بالمتعاقدين التفاوض بصدد شروط الضمان والعقد ، للتوصل إلى النص على إنقاص قيمة الضمان تبعا لانجاز الاعمال . وعلى أى حال ، فانه حتى بافتراض التوصل إلى

نتائج طيبة فى هذه المفاوضات فان السيولة النقدية للمتعاقد يمكن ان تبقى مشكلة على قدر لا يستهان به من الجسامة ، لأن حساب الاعتماد الخاص بالعقد المفتوح لدى البنك الضامن له ينص عادة فى شروطه على دفع تأمين نقدى للبنك بمجرد طلب المستفيد تسييل خطاب الضمان ، أو تمديده ، أو الحجز على قيمته .

وفضلا عن ذلك ، فانه على الرغم من ان خطر التسييل غير السليم لخطاب الضمان من جانب المستفيد قد يتوصل المتعاقد إلى التأمين ضده لدى مؤسسات خاصة أو عامة معنية ، إلا أن أقساط مثل هذا التأمين فى الغالب لا تكون زهيدة . وتوقع التسييل غير السليم لخطـاب الضمان ليس بمستبعد عنـــدما يكون ذلك الخطـــاب غير مشروط ، لأن الالتزام بالضمان فى هذه الحالة يكون مستقلا عن الالتزام الأصلى .

وسوف تكون تكلفة التأمين فى هذه الحالة عبئا إضافيا على عاتق المتعاقد ، وذلك بالاضافة إلى الاتعاب التى يحصلها البنك منه لقاء اصدار خطاب الضمان لحسابه . هذا بالإضافة إلى أن خطابات الضمان تكون بحسب النظام المتبع بشأنها محددة المدة. وعلى ذلك ، فان مد صلاحيتها ، الذى تعن الحاجة إليه – وذلك على سبيل المثال إذا تأخر إنجاز الأعمال عن ميعادها المتفق عليه – يقتضى إداء اتعاب إضافية إلى البنك مصدر خطاب الضمان من قبل الصادر لحسابه الخطاب الممدود فترة صلاحيته .

سابعا – صكوك الكفالة : هل هى البديل ؟

وقد كانت التكلفة المنخفضة لما يسمى بصكوك الكفالة التى تصدرها بعض شركات الضمان مدعاة إلى ان ينادى البعض باتخاذها بديلا لخطابات الضمان المصرفية غير المشروطة التى تتصف بإرتفاع تكاليفها سواء فى اصدارها أو فى تجديدها ، وذلك ليس فحسب بالنسبة للمقاول الذى يستصدرها لحسابه ، بل وأيضا بالنسبة للمشترى أو المالك الذى ينتقل إليه عبء هذه التكلفة أخر الأمر .

إلا إنه مهما كان الأمر ، فان خطابات الضمان المطلقة ، لا يرحب باستبدالها بمثل تلك الصكوك فى عقود التجارة الدولية ، إذ إنه فى ظل خطاب ضمان مطلق أو غير مشروط ، يكون لمن صدر خطاب الضمان لصالحه ان يقدر ، على مسئوليته الخاصة ، ما إذا كان المقاول المتعاقد معه والمتقدم بذلك الضمان قد أخل كليا أو جزئيا بالالتزام المكفول بخطاب الضمان غير المشروط . ويكون له وله وحده تقدير ما إذا كانت مصلحته قد اضيرت بسلوك المقاول المذكور فى تنفيذ العقد سلوكا معيبا ومن ثم يكون له أن يلجا إلى طلب تسييل خطاب الضمان الصادر لصالحه ، والذى لولاه لما قبل إرساء التعاقد على المقاول . ولا شك ان هذا يكفل للمستوردين وارباب الأعمال ضمانة أكبر ، وبخاصة فى خضم ظروف دولية يشوبها الاضطراب وعدم الثقة . كما تبدى البنوك ذاتها مصدرة خطابات الضمان تخوفا من أن تتحمل مسئولية التحقق من ان الشروط الموضوعية للعقد المكفول قد نفذت من عدمه من جانب المقاول المغطى بالضمان الذى اصدرته لحسابه . وتفضل البنوك ان يكون التزامها بالضمان التزاما غير مشروط ، حتى لا تأخذ على عاتقها القيام بوظيفة القاضى أو المحكم أو الخبير بالنسبة لأداء العقد .

ثامنا - تامين الضمان :

وقد دخلت شركات التأمين فى بعض البلاد بموافقة السلطات الاقتصادية فيها مجال ضمانات العقود . وراحت تنافس البنوك فى إصدارها لخطابات الضمان مقابل أقساط للتأمين نسبتها أقل مما تتقضاه البنوك من عمولة لقاء إصدارها خطابات الضمان المصرفية . وقد لاحظت شركات التأمين أن ثمة تشابها بين عمليات التأمين التى تقوم بها وبين ضمانات العقود ، ففى كلا الحالتين ثمة امكانية تقديم حماية من

مخاطر محتملة تتمثل فى أداء الدين إذا لم يدفعه المدين . فدخلت شركات التأمين بذلك مجالا محتجزا فى الأصل للبنوك ، مما أثار أعتراضات الاوساط المصرفية على هذا التدخل متمسكة بأن ضمان العقد ليس مجرد تغطية مخاطر ، وإنما هو عملية مالية من شأن البنوك القيام بها وحدها ، ذلك انه لا يجوز منطقيا ان تلتزم شركة التأمين بتأمين عميلها (المدين) ضد عدم الأداء الارادى من جانبه ، فالتأمين بحسب إحكامه الأصلية يكون عن خطر ، من شروطه إلا يتعلق بمحض ارادة أحد طرفى العقد ، ذلك ان الخطر إذا تعلق بمحض ارادة أحد الطرفين ، انتفى عنصر الاحتمال ، وأصبح تحقق الخطر رهنا بمشيئة هذا الطرف [1]. وعلى ذلك فان المقاول لا يستطيع ان يلجأ بحسب اصوليات عقد التأمين إلى شركة التأمين لتصدر بوليصة تأمين تكفل بها عدم إخلاله بالتزاماته التعاقدية . والذى قد يستطيع فى هذه الحالة ان يلجأ إلى شركة التأمين هو المالك أو مشترى المشروع كى تؤمنه ضد إخلال المتعاقد الآخر (المقاول) بالتزاماته قبله أو اهماله فى تنفيذها . ولكن هذا شىء آخر ، فان الذى يحتاج إليه عقد المقاولة الدولى كضمان يطمئن إليه المشترى أو المالك ، فيقبل أن يسند العملية التى يريد التعاقد عليها إلى مقاول دون غيره ، هو ضمان يتقدم به المقاول إلى المشترى أو رب العمل أو المالك يتعهد له به طرف ثالث ، كبنك من البنوك مثلا ، أن يدفع له عند الطلب مبلغا من المال إذا ما أخل المقاول بالتزاماته كليا أو جزئيا . وهذا ما تقصر عنه شركة التأمين ، فعميلها فى حالة « تأمين الضمان » لن يكون المقاول فهذا ممتنع عليها ، إذ هى قانونا لا تملك ان تؤمن أخطارا رهينة بارادة المؤمن . ومن ثم لا تستطيع ان تصدر بوليصة تأمين للعميل (المقاول) تكفل تعويض

---

١ – د . خميس خضر – العقود المدنية الكبيرة – طبعة ١٩٧٩ – ص ٤١٦ وما بعدها .

المالك أو مشترى المشروع أو رب العمل فى حالة إرتكاب المقاول خطأ عمديا أو إهمالا فى تنفيذ العقد الأصلى . ويلاحظ من ناحية أخرى أن عملية إصدار خطاب الضمان من بنك من البنوك إلى عميل (المقاول) لا تقوم على تلقى البنك أقساطا كما تفعل شركة التأمين بالنسبة لبوليصة التأمين (تأمين الضمان) وإنما يتلقى البنك مقابل إصدار خطاب ضمان لعميله (الذى هو الطرف المدين فى عقد المقاولة الأصلى) عمولة أو أجراً .

وقد قصرت فرنسا منذ عام ١٩٥٢ القيام بإصدار خطابات الضمان على البنوك دون شركات التأمين ، بعد أن كان ذلك مسموحًا به لهذه الشركات منذ عام ١٩١١ . وازاء ذلك لجأت شركات التأمين التى ما عاد لها إصدار خطابات تأمين الضمانات العقدية إلى الإشتراك فى تأسيس أو زيادة رأسمال ما عرف منذ عام ١٩١١ فى العمل المصرفى والإئتمانى « بالمنشئات المالية المتخصصة » ويحدد الترخيص الصادر بشأنها نشاط المنشأة ، وتظل الدولة تمارس عليها رقابة فعالة . وهذه المنشئات تؤدى الكثير من أعمال البنوك فى مقدمتها أصدار الكفالات وخطابات الضمان . وغالبًا ما تكون هذه المنشئات فروعا لبنوك أو شركات صناعية .

تاسعا - لازال خطاب الضمان غير المشروط محبذا :

ونخلص مما تقدم إلى ان استلزام الضمانات التعاقدية من قبل مشترى المشروعات الدولية ، وعلى الأخص مشترى مشروعات تسليم مفتاح ، فى تزايد مطرد كوسيلة للحماية ضد عدم أداء المقاول لالتزاماته المتولدة عن العقد الاصلى ، وعلى أى حال ، فان اثبات الإخلال بالإلتزام الأصلى كشرط لأداء البنك لقيمة خطاب الضمان

لا يلعب فى عقود التجارة الخارجية إلا دورا محددا بالنظر إلى ما تلقاه خطابات الضمان غير المشروطة من تفضيل على صعيد التجارة الدولية ، سواء من جانب مشترى المشروعات أو من جانب البنوك التى تفضل أن يبقى دورها مقصورا على التمويل دون أن تخوض عمليات تقدير ما إذا كانت الأعمال المكفولة بالضمان قد أديت على مايرام من عدمه ، بما تنطوى عليه هذه المهام من نواحى فنية تقصر عنها صلاحيات البنوك بصفة أصلية ، ولهذا ، فمادام ان المطالبة غير السليمة بتسييل خطابات الضمان غير المشروطة تظل هى الاستثناء من القاعدة ، فان الاتجاه إلى تحبيذ خطابات الضمان المؤداة عند أول طلب وتفضيلها على صكوك الضمان المشروطة سوف يظل مستمرا فى عقود التجهيز الدولية ، وبكل وضوح فان مشترى المشروعات مستعدون أن يدفعوا ثمنا أعلى لقاء كفالة أوفى ، بدلا من أن يدفعوا ثمنا أرخص مقابل كفالة أقل .

وسوف نرى صدى لذلك كله فى الوثيقة التى وضعتها غرفة التجارة الدولية بباريس بعنوان « القواعد الموحدة لضمانات العقود » (وثيقة رقم ٣٢٥) .

المطلب الثالث : خطابات الضمان المحلية والخارجية :

ينطوى عقد الضمان على ثلاثة أطراف على الأقل : البائع وهوالمقاول الذى يصدر الضمان بناء على طلبه ، ومصدر الضمـان ، والمستفيد وهو المشترى فى العقـد الأصلى . ومصدر الضمان قد يكون بنكاً من البنوك أو مؤسسة مالية أخرى من مؤسسات ضمان الائتمان المصرفى . ولما كان مصدر الضمان يصدر الضمان بناء على طلب من عميله المقـاول ، فانه يمـكن ان يطلق على المقاول فى هذه العلاقة الأئتمانية الثلاثية « العميل » .

إلا أنه أصبح مألوفا ان يضم عقد الضمان فى كثير من الأحوال أربعة أطراف إزاء ما يجرى المستفيدون الآن عليه من إجراء يتطلبون بمقتضاه ان يكون الضمان صادرا أو معززاً من بنك يعمل فى بلدهم ، بل أن هذا قد أصبح متطلبًا بالقانون فى عدد من الدول وذلك بالنص على ان يكون الضمان صادرا من بنك مقيم فى بلد المشترى . وبالمثل ، فقد يصدر الضمان من مثل هذا البنك المحلى ، ويطلب من بنك يكون المقاول عميلاً له أن يعطى للبنك المصدر « ضمانة مقابلة » .

ومن السهل ان نفهم إصرار المستفيد على ان يكون الضمان صادرًا أو معززاً من بنك محلى :

فـأولاً : وقبل كل شيء ، تضحى إحتمالية إقدام المقاول على إلغاء الضمان أبعد ، متى كان الضمان صادراً من بنك فى بلد المستفيد ، وليس من بنك فى بلد أكثر التصاقاً بمصالح المقاول .

وثانيًا : تقل احتمالية ان تؤدى الخلافات بين بلدى المقاول (العميل) والمشترى (المستفيد) إلى تعويق صرف الضمان للمستفيد . وقد كشفت الاحداث فى إيران عن أن مثل هذه المخاطر ليست مجرد افتراضات نظرية . وبصفة عامة فانه فى كثير من حالات عقود التجارة والتنمية الدولية يحتاج الأمر إلى إصـــدار « خطاب ضمان خارجى » وهو الخطاب الذى يكون صادرا بناء على طلب عميل غير مقيم ، أو لصالح مستفيد غير مقيم . وقد يكون كل من العميل والمستفيد غير مقيم أيضا .

فاذا تقدم على سبيل المثال مقاول أجنبى من بلده إلى مناقصة تجهيز مشروع فى مصر ، فانه قد يستصدر خطاب الضمان الابتدائى اللازم للمناقصة من بنك فى الخارج لصالح الجهة طالبة المناقصة فى مصر . وقد يرسو العطاء على ذلك المقاول غير المقيم ، فيكلف بالتقدم بخطاب الضمان النهائى المستلزم لضمان حسن تنفيذه للأعمال التى رسا عليه القيام بها .

كما قد يقع على عاتق العميل المقيم (رب العمل) على سبيل المثال ان يدفع بمقتضى العقد المبرم بينه وبين مستفيد غير مقيم (المقاول) الأقساط المؤجلة الناشئة عن ذلك العقد ، فيطلب العميل المقيم إلى أحد البنوك المحلية إصدار خطاب ضمان الدفعات المؤجلة لصالح المستفيد غير المقيم . وفى هذا الصدد يقدم العميل إلى البنك المحلى طلبا مشتملا على بيانات إصدار خطاب الضمان ، مع تحديد مبالغ الدفعات المؤجلة من قيمة العملية المنفذة أو المستلزمات التى تم توريدها ، وقيمة كل قسط منها ، وتاريخ إستحقاقه ، وما قد يستحق من فوائد على الأقساط المؤجلة ، ونسبتها ، وكيفية حسابها .

وفى صدد العلاقة بين العميل والبنك والمستفيد يجدر أن يوضع موضع الإعتبار بعض الأحكام القانونية التى تقتضيها الطبيعة الخاصة لخطاب الضمان الخارجى . **فمن ناحية أولى** : قد لا تكون ثقة المستفيد المقيم (رب العمل مثلاً) فى مقدرة البنك مصدر خطاب الضمان والمتواجد بالخارج محققة ، فيعمد البنك المذكور إما إلى ان يطلب من البنك المراسل له فى مصر إصدار خطاب الضمان نيابة عنه لصالح المستفيد المذكور ، وإما ان يطلب من مراسله فى مصر ان يعزز خطاب الضمان الذى أصدره هذا البنك غير المقيم بنفسه ، أو ان يشترك معه فى الضمان المشار إليه .

ولا يقتضى البنـك المحـلى من البنك غير المقيم غطاء لخطاب الضمان الذى يصدره ، وإنما يتلقى مجرد عمولة يتفق عليها . كما يتفق على طريقة التسوية فى حالة تسييل الخطاب لصالح المستفيد عند أول طلب منه ويسمى هذا التعهد « الضمان المقابل » ويجب بدوره ان يكون غير مشروط .

ولذات الاعتبارات التى ذكرناها بالنسبة لخطاب الضمان الذى يأمر المستفيد المقيم بإصداره ، يصدر البنك المحلى الخطاب ويطلب إلى أحد مراسليه فى بلد المستفيد غير المقيم الاشتراك معه فى التوقيع عليه ، أو قد يكتفى البنك المحلى بتكليف البنك الأجنبى بإصدار الخطـاب بعد ان يتعهد له بدفع ما يتكبده بسبب إصدار الخطاب .

ومن ناحية ثانية : فى حالة خطاب الضمان الصادر بناء على طلب عميل غير مقيم ، يجب على البنك الأجنبى ان يستوفى متطلبات قيود الرقابة على النقد فى بلده . وأن يخطر البنك المحلى . كما يجب فى حالة خطاب الضمان الصادر لصالح مستفيد غير مقيم ان يحصل البنك المحلى (المصرى) على موافقة الإدارة العامة للنقد على اصدار الخطاب ان كان لهذه الموافقة مقتضى .

وإذا كان العميل جهة حكومية تطلب من البنك المحلى إصدار خطاب ضمان لصالح مستفيد غير مقيم ، فعلى ذلك العميل موافاة البنك بموافقة الجهات الآتية :

(أ) وزارة المالية ، وذلك للتصريح للبنك بالخصم على الحساب الجارى لتلك الجهة الحكومية لدى البنك المركزى .

(ب) البنك المركزى الذى تستلزم موافقته مقدما على أجراء الخصم المذكور .

(جـ) الإدارة العامة للنقد وذلك لتدبير العملات الأجنبية اللازمة .

وهذا فضـــلا عما تقضى به المادة ٦٩ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩ لسنة ١٩٨١ من إنه « عندما ترد لاحدى الجهات الإدرارية كفالة ، عليها ان تتحقق

من ان المصرف أو الفرع قد أعطى إقراراً عن هذه الكفالة بانه لم يجاوز الحد الاقصى المعين لمجموع الكفالات المرخص للمصرف فى إصدارها . فاذا تبين عند مراجعة الاخطارات بوزارة الإقتصاد والتجارة الخارجية ان المصرف قد تعدى الحد الأقصى المحدد له ، أخطرت الجهة المختصة فوراً لمطالبة المصرف بأن يؤدى إليها فى ميعاد ثلاثة أيام عمل قيمة الكفالة نقدا . »

ومن ناحية ثالثة : يعتد بسعر الصرف السائد وقت إصدار البنك المحلى لخطاب الضمان بالعملة المحلية بناء على طلب البنك الأجنبى المراسل ، فاذا طرأ تدهور فى سعر الصرف لصالح العملة الأجنبية ، تحمل البنك الأجنبى مخاطر تقلبات سعر الصرف . ومن ثم يؤدى إلى البنك المحلى الفروق بين قيمة خطاب الضمان بالعملة الأجنبية وقيمته بالعملة المحلية الصادر بها .

ومن ناحية رابعة : فانه يلزم تداركا لكل نزاع بين البنك المراسل والبنك المحلى ان يتفق بينهما على أنه إذا وقع خلاف أو غموض فى التفسير بين اللغة العربية التى صدر بها خطاب الضمان وبين أى ترجمة إلى لغة أجنبية له ، إعتد بالنص العربى دون غيره .

وتنص وثائق المناقصات فى بعض الأحيان على أن التأمين العقدى يجب أن يقدم من مؤسسة مالية وطنية أو محلية . وهذا المطلب مقصود به حماية الجهة طالبة التجهيز من مشاكل استيفائها لمستحقاتها بالتنفيذ على التأمين متى دعت الضرورة إلى ذلك . ولا شك ، ان الشكوك قد تكون مقبولة ومنطقية فى مدى يسار الجهات التى صدرت عنها تأمينات العقود متى لم يكن لها رأسمال موظف فى بلد المشروع المتعاقد على تجهيزه . وعلى أى حال ، فان تطلب ان يكون التأمين محليا قد يرفع من

السعر المعروض من مقدم العطاء ، أو قد ينقص من عدد المتناقصين غير المحليين المتنافسين على الفوز بالمناقصة ، وبالأخص فى البلدان التى لا تتمتع بسوق مالية متقدمة ، وحيث لا يكون مألوفا الألتجاء إلى غير مثل هذا النوع من التأمينات فى الممارسات المحلية . على إنه بدلاً من مجرد إستلزام أن يكون التأمين العقدى مقدما من جهة ضمان لها وجود مالى فى بلد الجهة صاحبة المشروع قد يكون من الأفضل فى حالة ما إذا كان الضمان مقدما من جهة ضمان أجنبية ، مثل بنك ليس له فرع فى مصر ، وثارت شكوك من الجهة المحلية طالبة التأمين حول المركز المالى لتلك الجهة الأجنبية ، الاَّ ترفض التأمين المعروض تماما ، بل تكتفى بتعزيزه من قبل مؤسسة محلية تتمتع بالثقة فى تعاملاتها التأمينية . فاذا كان خطاب الضمان المقدم كتأمين للعقد ، مقدما من بنك فى باريس أو نيويورك فيمكن للجهة طالبة التعاقد ، مثل وزارة من الوزارات أو هيئة من الهيئات العامة ، ان تكتفى بأن يعزز بنك من البنوك العاملة والمشهود لها بالثقة فى مصر خطاب الضمان المصرفى الصادر من ذلك البنك الأجنبى الذى ليس له وجود قانونى فى مصر .

وفى الولايات المتحدة تحتفظ وزارة الخزانة بقائمة بأسماء مؤسسات الضمان الأمريكية الموثوق بها ، وتعمل وزارة الخزانة المذكورة على نشر هذه القائمة على المهتمين بالأمر . ويشترط فى المنشأة التى تدرج فى القائمة المذكورة ان تتوافر لها بعض المواصفات المالية ، كما أنها تخضع للاشراف الحكومى والمراجعة المحاسبية . ولايجوز ان تقبل غير هذه المنشئات المعتمدة من وزارة الخزانة فى تقديم التأمينات للعقود المبرمة مع الحكومة الأمريكية ، كما أن كلاً من هذه المنشئات لها حد أقصى مكتوب لايجوز لها أن تتجاوزه فيما تقدمه من تأمينات بشأن عقود الحكومة . وعلى تلك المنشئات أن تجدد شهادة صلاحيتها سنويا . وتقوم وزارة الخزانةبصفة دورية منتظمة بمراجعة حسابات المنشئات المدرجة فى القائمة من أجل إستمرار صلاحيتها فى أداء التزاماتها كجهة ضامنة للعقود الحكومية أى الأدارية .

ويمكن الحصول على معلومات عن الكفاية التأمينية من مصادر أخرى أيضاً . فهناك ، على سبيل المثال ، فى أوروبا هيئتان من أكبر هيئات إعادة التأمين ، هما الهيئة السويسرية والهيئة الألمانية لاعادة التأمين ، تقدمان المعلومات اللازمة لمن يطلبها عن الصلاحية المالية للعديد من منشئات التأمين والضمان . وإذا لم تكن الجهة القائمة بالتجهيز راغبه فى ان تقوم بالتحريات بنفسها فإنها تستطيع كما توضح آنفاً ان تطلب من مقدم العطاء ان يحصل لها على تعزيز للضمان من جانب منشأة تمويلية محلية . وبذلك تنقل عبء التحرى فى هذا الشأن إلى منشأة أكثر صلاحية منها ، وتطمئن بذلك الى توافر أعتمادات مالية محلية قادرة على السداد فى حالة نكوص المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته العقدية قبلها . وفى مثل هذه الحالة يكون على الجهة القائمة بالتجهيز أن تتحقق من سلامة إجراءات التعزيز المتبعة ، وأيضاً من أن حصول المتناقصين على مثل هذا التعزيز لا يستحيل إلى عبء باهظ على كواهلهم .

ويجب أن تتضمن « الأرشادات إلى المتناقصين » بيان العملة التى يجب ان يقدم بها تامين العقد . وهل هى عملة المناقصة ، أو عمله أو عملات أخرى يكثر أستعمالها فى التجارة الدولية ، أو العملة المحلية . كما يجب أن تتضمن وثائق المناقصة نماذج لكل أنواع التأمين التى يجب أن يقدمها المتناقصون . وعلى كل متناقص أن يملأ هذه النماذج بما يتفق مع مصالحه المالية ، ويجوز فى النهاية أن تحتفظ وثائق المناقصة لطالب المناقصة بالحق فى رفض التأمين المعروض إذا كانت لديه أسباب منطقية تبرر مخاوفه من ضعف الفعالية المالية للتأمين المقترح .

المطلب الرابع : أنماط من خطابات الضمان :

من ضمن الأنماط المتعددة للضمانات المتاحة لمشترى مشروع من المشروعات الدولية فى عقد المقاولة الدولية أو عقد تجهيز مشروع من مشروعات التنمية الممولة دوليًا ما يأتى :-

١ - التأمين الابتدائى ، وتأمين المناقصة ، وتأمين العطاء :

يستخدم التأمين الابتدائى عادة فى عقود الأشغال ذات القيمة الكبيرة ، وأيضا فى عقود توريد بضائع تتقلب فيها أسعار السوق ويفيد أشتراط التأمين الابتدائى فى منع المتناقص من التقدم بعطاء غير متأنى فيه ، والحيلولة دون سحب عطائه قبل انقضاء المدة المحددة للبت فى العطاءات ، وتفادى التواطىء فى المناقصات .

ويجب أن تبين الأرشادات إلى المتناقصين ما إذا كان يلزم التقدم بتأمين ابتدائى للاشتراك فى المناقصة . فإذا كان التأمين الابتدائى مستلزماً فيجب أن تبين الإرشادات المذكورة مبلغ هذا التأمين وكيفية إدائه ولمن يؤدى . وفى العقود الدولية التى يتوقع ان يتقدم للمناقصة فيها مقاولون محليون ، يطلب من المقاولين المذكورين أداء التأمين الابتدائى إما نقداً أو بخطاب ضمان مصرفى أو كفالة غير مصرفية . وفى بعض البلاد ، نجد قوانينها ولوائحها تتطلب ان تؤدى مثل هذه التأمينات من خلال بنك من البنوك المحلية وغالباً ما يكون لكل من البنوك الدولية الكبيرة مراسل من البنوك المحلية . ولهذا فان إتباع ما تشترطه تلك القوانين واللوائح لا يمثل صعوبة . ومع ذلك فقد يكون الأجل المحدد لتقديم التأمين الابتدائى قصيراً أو وشيك الانقضاء . ولهذا فانه سوف يكون أكثر عملية بصفة عامة أن يتطلب تقديم التأمين الابتدائى إما من بنك من البنوك المحلية أو بنك من البنوك الدولية الموثوق فى أمانتها وحسن سمعتها ، فى صورة خطاب ضمان قطعى .

وتكون مـدة صلاحية التـأمين الابتدائى عادة شهراً لاحقًا على مـدة سـريان العطاء .

ويجب أن ينص التأمين على إنه يضمن إحتفاظ المتناقص بعطائه قائماً مدة محددة بالأيام ، وإنه خلال مدة محددة من إخطاره برسو المزايدة عليه ، وقبل إنتهاء مـدة صلاحية التأمين الابتدائى ، سيؤدى تأمين الأداء على النحو المبين بوثائق المناقصة ، ويشرع فى تنفيذ ما ألزمته به أحكام العقد المبرم معه . وفى حالة إخلال مقدم العطاء بالتزماته على نحو ما تقدم فان التأمين الابتدائى سوف يكون قابلاً للتسييل وعلى المؤمن لديه الدفع .

ومن أجل عدم تثبيط الهمم عن المشاركة فى المناقصة ، فانه يجدر عدم المغالاة فى تحديد مبلغ التأمين الابتدائى . وبصفة عامة فانه لايجوز ان يزيد التأمين الابتدائى عن واحد أو أثنين فى المائة (١ ٪ أو ٢ ٪) من القيمة المتوقعة للعقد . وقد ترتفع قيمة هذا التأمين إلى خمسة فى المائة (٥ ٪) بالنسبة للعقود الصغيرة القيمة ، أو لأنوا ع خاصة من العقود أو الظروف التى يكون فيها خطر عدول مقدم أقل العطاءات سعراً أكثر توقعاً . وفى العقود الكبيرة يعين التأمين الابتدائى ليس على صورة نسبة مئوية بل على صورة مبلغ محدد ، وواحد بالنسبة للمتناقصين كافة . وذلك لأنه قد يكون من شأن تحديد التأمين الابتدائى بنسبة من قيمة العطاء ان يتمكن المتناقصون بذلك من التعرف مسبقاً على الثمن الذى حدده كل مقدم لعطاء .

وعندما تتجاوز إجراءات تقييم العطاءات والبت فيها المدة المحددة أصلاً لصلاحية العطاء وأيضاً لسريان التأمين ، فانه يجب أن يطلب من المتناقصين ، مد مدد صلاحية عطاءاتهم وتأميناتهم ، وذلك قبل إنتهاء المدد الأصلية .

ويجب أن ترد إلى المتناقصين الذين لم يرس عليهم العطاء تأميناتهم بمجرد التوقيع على العقد مع المتناقص الفائز بالمناقصة لاستنفاد الغرض من العطاء بذلك . إذ يتقرر ضمان العطاء أو التأمين الابتدائى من أجل حماية المستفيد ، أى الداعى إلى المناقصة ، ضد نكوص مقدم العطاء عن اداء ما ألتزم به أبتدائيًا . وينطوى التأمين الابتدائى بذلك على نوع من التحذير والتهديد بتوقيع جزاء مالى للتحقق من ان المتقدمين بعطاءاتهم فى مناقصة ما جادون فى الالتزام بما قد ترسو عليهم به المناقصة وأن الأمر ليس مجرد إستعراض للعضلات أو إطلاق فقاعات فى الهواء فحسب . ويغطى هذا الضمان عادة سحب المتناقص لعطائه قبل الأجل المقرر لرب العمل كى يبت فى العطاءات المقدمة إليه ، كما يغطى نكول المتناقص الذى رست عليه المناقصة من توقيع العقد ، أو نكوصه عن تكملة التأمين المطلوب منه للعهد إليه بالقيام بالتزاماته المتفق عليها ، أو سحبه لعطائه بعد أن يكون قد لقى القبول . وفى العادة فان التأمين الابتدائى ، يجب ان يرد إلى مقدمه فى حالة عدم رسو المزاد عليه ، وذلك ما أن يقع الأختيار على المتناقص الذى سوف يبرم العقد مع المالك . على إنه كثيرًا ما يتعطل رد الضمان إلى المتناقص الذى لم يرس عليه العقد . وذلك على الأخص عندما يكون قد أغفل إدراج نص خاص فى وثائق المناقصة يلزم المالك بالرد الفورى للضمان .

وفى مقام ضمان العطاء تنص المادة ١٩ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ بشأن المزايدات والمناقصات علـى إنه « يجب أن يقدم مع كل عطاء تأمين مؤقت لا يقل عن ١ ٪ من مجموع قيمة العطاء فى مقاولات الأعمال ، ولا يقل عن ٢ ٪ من قيمة العطاء فيما عدا ذلك » .

وتنص المادة ٥٧ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ سالف الأشارة إليه على ان « يبقى العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تصديره

بمعرفة مقدم العطاء بغض النظر عن ميعاد إستلامه بمعرفة جهة الإدارة حتى نهاية مدة سريان العطاء المعينة بإستمارة العطاء المرافقة للشروط » .

وعند إنقضاء مدة سريان العطاء فقد نصت المادة ٥٨ فقرة ٢ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩ لسنة ١٩٨١ على إنه « يجوز لمقدمه استرداد التأمين المؤقت » وإستطردت الفقرة ٢ من المادة ٥٨ المذكورة إلى النص على إنه « فى هذه الحالة يصبح العطاء ملغياً وغير نافذ المفعول » فاذا لم يطلب مقدم العطاء استرداد التأمين المؤقت « أعتبر قابلاً لإستمرار الأرتباط بعطائه إلى أن يصل لجهة الإدارة أخطار منه بسحب التأمين المؤقت وعدوله عن عطائه » .

فإذا سحب مقدم العطاء عطاءه قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف فقد نصت المادة ٥٨ فقرة ١ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩ لسنة ١٩٨١ على أن « يصبح التأمين المؤقت المودع حقاً للجهة الإدارية دون حاجة إلى إنذار أو الإلتجاء إلى القضاء أو إتخاذ إية إجراءات أو إقامة الدليل على حصول ضرر » .

وقد تصدت المادة ٢٤ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ لحالة ما إذا لم يقم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائى الواجب إيداعه فى المدة المحددة ، فنصت المادة المذكورة على أنه فى هذه الحالة « يجوز للجهة المتعاقدة بموجب إخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول وبدون حاجة لإتخاذ أية أجراءات أخرى أو الإلتجاء إلى القضاء ان تلغى العقد وتصادر التأمين المؤقت » .

ويرد التأمين المؤقت إلى أصحاب العطاءات غير المقبولة بغير توقف على طلب منهم ، سواء كان نقداً أو بشيك أو بخطاب ضمان ، وذلك فى خلال مدة لا تجاوز سبعة أيام عمل بعد إنتهاء المدة المحددة لسريان العطاء أو قبل ذلك إذا تم تحصيل التأمين النهائى من صاحب العطاء المقبول» . (المادة ٧١ من اللائحة التنفيذية للقانون ٨١/٩) .

٣ - تأمين الأداء أو التأمين النهائى :

تنص وثيقة الدعوة إلى المناقصة عادة على أن المتناقص الذى سيرسو عليه العطاء سوف يطالب بتقديم تأمين أداء مقبول ، سواء أكان كفالة غير مصرفية أو خطاب ضمان أو مبلغاً يدفع نقداً ، كشرط لتكليفه بالبدء فى التنفيذ وتكملة المهمة المكلف بها . وتقديم تأمين الأداء هذا يكون عادة شرط الأفراج عن التأمين الابتدائى فى حالة فوز المتناقص بالعقد .

وتتطلب وثائق المناقصة فى بعض الأحيان بالنسبة لمشروعات الهندسة المدنية أن يرفق المتناقص بعطائه شهادة من جهة ائتمانية مقبولة تفيد استعدادها لتقديم التأمين اللازم فى حالة رسو العطاء على المتناقص .

ولما كانت خطابات الضمان المصرفية لا تغطى عادة ما يزيد على ١٠ ٪ أو ١٥ ٪ من قيمة العقد ، فقد جرى البنك الدولى على ان يشترط من ٢٥ ٪ إلى ٣٥ ٪ من قيمة العقد كحد للكفالة غير المصرفية المقدمة كتأمين إداء ، وذلك من أجل مواجهة الاحتمالات والأوضاع التى قد يتعرض لها رب العمل ازاء كون الكفالة غير المصرفية غير قابلة للتسييل بمجرد أمره بذلك . وهذا على أى حال بخلاف ما يجرى عليه العمل فى الولايات المتحدة ، حيث تستلزم الحكومة فى عقودها ان يكون تأمين الأداء المقدم فى صورة كفالة غير مصرفية (bonds) بقدر يسمح بتغطية قيمة العقد بأكمله . والعلة التى تبرر أشتراط أن تكون نسبة الكفالة غير المصرفية أعلى من نسبة ما يقدم من كفالة مصرفية أن الكفالة غير المصرفية (وعادة ما تقدم من شركة من شركات التأمين) لا يجوز تسييلها بمجرد أمر يصدر من رب العمل بذلك . على عكس خطاب الضمان القطعى الذى يمكن لرب العمل مصادرته لحسابه آليًا بلا تكلفة أو كثير عناء . وفى

الواقع العملى ، فان المقاول لا يبدر منه خطأ فى بداية تنفيذه للعقد . ومن ثم فانه حتى بالنسبة إلى كفالة غير مصرفية مقدمة بكامل قيمة العقد ، فان كمية الخطر الذى يتعرض له المؤمن عليه لا تزيد عادة على مابين ٤٠ ٪ و ٥٠ ٪ من هذه القيمة .

ومما هو جدير بالأهتمام فى هذا المقام ان ما من جهة من جهات الإقراض الدولية الكبيرة قد اقتفت أثر البنك الدولى بالنسبة لتأمين الأداء . وعلى سبيل المثال ، فان لوائح البنك الأسيوى للتنمية تنص على أن « الشروط الخاصة بأعمال البناء تتضمن طلب كفالة غير مصرفية أو أى تأمين آخر مناسب لضمان تنفيذ الأعمال وتمامها » وتتضمن لائحة بنك أنتر أمريكان للتنمية نصاً مماثلاً . أما الصندوق الأوربى للتنمية ، فقد نحا غير هذا المنحى معبراً بذلك عما جرى عليه العمل فى أوربا التى تعتد أساساً بخطابات الضمان المصرفية كتأمين للعقود التى تحتاج إلى ذلك ، فنصت الشروط العامة لعقود الأشغال العامة الموضوعة بمعرفة البنك المذكور على أن يكون خطاب الضمان المصرفى الواجب تقديمه من المتناقص الذى رست عليه المناقصة كتأمين أداء بقيمة حدها ٢٠ ٪ من قيمة العقد . وتمضى الشروط العامة المشار إليها إلى أن الضمان المصرفى المذكور يجب أن يرد إلى مقدمه بمجرد مضى شهر على القبول النهائى للأعمال . وان نصف هذا الضمان يمكن أن يصرف عند القبول المؤقت للأعمال . وفى النهاية ثمة نص يسمح بتخفيض التأمين أى بالرد التدريجى لقيمة التأمين تبعا لتقدم الأعمال متى كان رب العمل يحتجز مبالغ من مدفوعاته الجزئية إلى المقاول . ولذات الاعتبارت فان المبالغ المحتجزة يمكن الإفراج عنها مقابل إرتضاء رب العمل لتأمين جديد يغطى المبالغ المعادلة لقيمة المتبقى من الأعمال . على أنه بالنسبة

للمشروعات الممولة تمويلاً مشتركاً من جانبى « الصندوق الأوربى للتنمية » و « البنك الدولى » فان الصندوق المذكور يسمح للمقترضين منه ان يرتضوا كفالات غير مصرفية بدلاً من خطابات الضمان المصرفية .

ويجب أن يمتد سريان التأمين أمتداداً كافياً إلى مابعد الوقت المقدر لإنجاز الأعمال ، وذلك لتغطية فترة الضمان أو الصيانة المنصوص عليها فى العقد . وفى عقود الأعمال المدنية يجب أن يتطلب تقديم كفالة غير مصرفية أو خطاب ضمان ، بالأضافة إلى إحتجاز مبالغ من الدفعات المدفوعة وليس بديلاً لذلك ، على الرغم من أن رصيد المبالغ المحتجزة ما ان يبلغ حداً معيناً ، يجب ان يكون مسموحاً بتخفيض جملة مبلغ التأمين الأصلى .

وتأمين الأداء مقرر لكفالة حسن أداء المقاول المتعاقد لالتزامه بتنفيذ العقد . وهو ما يطلق عليه أحياناً « التأمين النهائى » بالمقابلة لتأمين العطاء الذى يطلق عليه « التأمين المؤقت » وصفة « النهائية » هنا تشير إلى قيام هذا الضمان طوال سريان العقد ولا ينقضى إلا بالأداء الكلى للعقد .

وفى صدد « ضمان الأداء » أوضحت المادة ٢٠ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ فى عبارتها الأخيرة طبيعة هذا الضمان والغرض منه ، فنصت على أن « يكون التأمين النهائى ضامناً تنفيذ العقد » ولهذا كان القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ منطقياً مع نفسه ، إذ اعفى من هذا التأمين بعض الجهات التى افترض عدم قيام أية شبهة فى تنفيذها للعقود الملقاة على عواتقهم فنص فى المادة ٢١ على ان تعفى من التأمين المؤقت والنهائى الهيئات العامة وشركات القطاع العام والجمعيات ذات النفع العام والجمعيات التعاونية المشهرة وفقا للقانون ، وذلك عن العروض الداخلة فى نشاطها ، وبشرط

تنفيذها للعملية بنفسها . كما استطردت هذه المادة فنصت على إنه « ويجوز عند الضرورة للسلطة المختصة بعد موافقة لجنة البت إعفاء الشركات المحتكرة من إيداع التأمين المؤقت والنهائى إذا طلبت فى عروضها ذلك ، ولم تكن قد اشترطت الدفع المقدم » على أن النص اشترط فى هذا المقام ان يكون الإعفاء بقرار مسبب . وتضيف المادة ٧٢ من اللائحة التنفيذية إلى ذلك بعض التفاصيل والإيضاحات مقررة أن يصدر بإعفاء الشركات المحتكرة من إيداع التأمين المؤقت والنهائى ومد المهلة المحددة لايداع التأمين النهائى بما لا يجاوز عشرة أيام أو خفضه بما لا يزيد على ٥٠ ٪ قرار مسبب من الوزير المختص أو من يمارس سلطاته وفقا للشروط والأوضاع المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات .

وقد بينت المادة ٢٠ المذكورة ومن بعدها المواد ٢٢ و ٢٣ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ أحكام « التأمين النهائى » فنصت المادة ٢٠ على أنه « على صاحب العطاء المقبول أن يودع فى فترة لا تجاوز عشرة أيام تبدأ من تاريخ اليوم التالى لإخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه ان يكمل التأمين المؤقت إلى ما يساوى ٥ ٪ من قيمة مقاولات الأعمال التى رست عليه و ١٠ ٪ من قيمة العقود الأخرى فيما عدا مقاولات الأعمال ويجوز بقرار مسبب من السلطة المختصة خفض التأمين النهائى فى الحدود التى تقدرها بحيث لا يزيد الخفض على ٥٠ ٪ من قيمة التأمين على ان يتضمن الأعلان عن المناقصة قيمة التأمين فى هذه الحالة » (المادة ٢٢ فقرة ١ ق ٩ / ٨١) وبالنسبة للعقود التى تبرم مع متعاقد فى الخارج ، استطردت المادة ٢٠ من القانون ٩ لسنة ١٩٨١ المذكورة فنصت على أن « يكون إيداع هذا التأمين فى فترة لا تجاوز عشرين يوما » كما نصت المادة ٢٠ على إنه «يجوز بموافقة السلطة المختصة مد المهلة المحددة لايداع التأمين النهائى بما لا يجاوز عشرة أيام » .

من الطبيعى إلا يحصل التأمين النهائى « إذا قام صاحب العطاء المقبول بتوريد جميع الأصناف التى رسا عليه توريدها وقبلتها الجهة الإدارية المتعاقدة نهائياً خلال المدة المحددة لإيداع التأمين النهائى » ذلك أن التأمين النهائى هو تأمين إداء المتعاقد بالالتزامات التى يحملها إياه العقد ، ومادام ان المورد المتعاقد قد أوفى بالتزمات العقدية وفاء قبلته منه الجهة الإدارية قبولاً نهائياً ، فما عاد ثمة مبرر قانونى أو عملى لمطالبته بالتأمين . (المادة ٢٢ فقرة ٢ من القانون ٩ / ٨١ و المادة ٧٠ فقرة ١ من اللائحة التنفيذية للقانون)

ومصداقًا على ذلك أيضًا نصت الفقرة ٢ من المادة ٧٠ اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ على إنه « إذا كان التوريد المقبول عن جزء من الأصناف التى رسا عليه توريدها ، وكان ثمنه يكفى لتغطية قيمة التأمين النهائى فيخصم من ثمن الجزء المورد ما يعادل قيمة هذا التأمين من مجموع قيمة العطاء ، ويحتفظ به لدى الجهة المتعاقدة بمثابة تأمين نهائى حتى تمام تنفيذ العقد » .

وقد نصت المادة ٢٨ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ على إنه « إذا أخل المتعاقد بأى شرط من شروط العقد كان للجهة المتعاقدة الحق فى فسخ العقد أو تنفيذه على حسابه » ويكون للجهة المتعاقدة فى حالة فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد الحق فى مصادرة التأمين النهائى ، وذلك دون حاجة إلى إتخاذ أى إجراءات قضائية (المادة ٢٩ من القانون ٩ لسنة ١٩٨١) ويتقرر الفسخ أو تنفيذ العقد على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصة يعلن للمتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول . (مادة ٢٨ فقرة ٢ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١) .

ومن الحالات التى تعترض مسار تنفيذ العقد وتستدعى الفسخ ومصادرة التأمين النهائى تلك الحالات التى نصت عليها المادة ٢٧ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ وهى :

١ - إذا أستعمل المتعاقد الغش أو التلاعب فى معاملته مع الجهة المتعاقدة .

٢ - إذا ثبت أن المتعاقد قد شرع بنفسه أو بواسطه غيره بطريقة مباشره أو غير مباشرة فى رشوة أحد موظفى الجهات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات .

٣ - إذا أفلس المتعاقد أو أعسر .

ولما كان التأمين النهائى يطلب كضمان لتنفيذ العقد ، فقد كان طبيعياً بحسب أحكام المادة ٧١ فقرة ٢ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ وجوب « الإحتفافظ بالتأمين النهائى باكمله إلى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية طبقاً للشروط وحينئذ يرد التأمين أو ما بقى منه لصاحبه » وهو يرد بحسب أحكام المادة ٧١ المذكورة « لصاحبه بغير توقف على طلب منه ، وذلك خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد إتمام تنفيذ العقد بصفة نهائية طبقاً للشروط »

٣ - تأمين المدفوعات :

وتطلب بعض الدول من مقاولى الأشغال العامة أن يرصد تأمينات لكفالة دفع مستحقات العمال والموردين والمقاولين من الباطن . ويمكن الإيفاء بهذه المتطلبات بضم التأمين اللازم لها إلى تأمين الأداء الأصلى أو بتكريس تأمين مستقل خاص بها .

٤ - ضمان سداد المدفوعات المسبقة :

وبالمثل ، فانه عندما يستدعى العقد أداء مدفوعات مقدما إلى المقاول أو المورد ، فان المتعاقد يجب أن يأخذ لنفسه تأمينا مناسبا لتنفيذ ما أديت تلك المدفوعات من أجله ، ويكون ذلك التأمين عادة فى صورة ضمانة مصرفية لحماية رب العمل ضد مخاطر أفلاس المقاول أو إخلاله بالتنفيذ . ويجدر فى مثل هذه الحالات ان يسمح العقد بتخفيض مقدار التأمين بنسبة تعادل ما يقتطع من المدفوعات التدريجية المؤداة

تبعا لتقدم العمل وإنجازاته المرحلية بحيث إنه إذا سارت الأمور على مايرام فان التأمين سوف يكون مقدراً له الزوال مع نهاية العقد .

ويهدف هذا الضمان إلى السماح للمستفيد ان يسترد أى مبلغ أدّاه مسبقًا إلى مقاول يخفق فى أداء التزاماته التى تقاضى عنها ذلك المبلغ فى ظل العقد الأصلى . وفى هذا المقام تنص المادة ٢٥ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ على إنه « يجوز بموافقة السلطة المختصة صرف دفعات مقدمة تحت الحساب مقابل خطاب ضمان معتمد ، وذلك وفقاً للشروط والنسب والحدود والأوضاع التى تبينها اللائحة التنفيذية » وقد تولت المادة ٦٧ من اللائحة التنفيذية بيان ذلك بان نصت على إنه « يجوز عند الضرورة الترخيص بدفع مبالغ مقدما من قيمة الأصناف أو مقاولات الأعمال أو مقاولات النقل أو الخدمات المتعاقد عليها إذا كان الدفع المقدم مشروطا فى التعاقد وذلك فى الحدود الآتية :

لغاية ٥٠ ٪ من قيمة التعاقد بموافقة رئيس الإدارة المركزية المختص

لغاية ١٠٠٪ من قيمة التعاقد بموافقة الوزير المختص »

وأبرز ما يراعى فى هذه الأحكام ان الدفع المقدم يجب ان يكون « مشروطاً فى التعاقد » ولهذا كان حيويًا بالنسبة للمقاول الذى يرغب فى الافادة من ميزة الدفعات المسبقة الا يغفل عن النص على ذلك فى العقد الذى يبرمه مع الجهة الإدارية المتعاقدة .

وقد استطردت المادة ٦٧ من اللائحة التنفيذية المذكورة إلى النص على ان « يكون الدفع المقدم مقابل خطاب ضمان بنكى معتمد بنفس القيمة والعملة وغير مقيد بأى شروط وسارى المفعول حتى تاريخ إنتهاء تنفيذ العقد » ويجدر ان نلاحظ هنا أن هذا النص يقرر قاعدة أصولية فى صرف الدفعات المسبقة إلى المقاولين المتعاقدين ألا وهى أن الدفعات المسبقة يجب أن تكون لقاء خطاب ضمان مصرفى ، وقد إستلزمت هذه المادة ان يكون خطاب الضمان المذكور غير مشروط ، وبذات العملة

التى تؤدى به الدفعة المسبقة ، وسارى المفعول حتى تاريخ الإنتهاء من تنفيذ العقد كما أضافت المادة ٦٧ المذكورة أنه « يجب فى جميع الحالات ان يكون الدفع المقدم فى حدود الاعتمادات المدرجة بالموازنة عن السنة المالية التى يتم فيها التعاقد »

كما أضافت المادة ٦٨ من اللائحة التنفيذية فى صدد الدفع المقدم الحكم الآتى : « يراعى عند المفاضلة والمقارنة بين العطاءات إضافة فائدة تعادل سعر الفائدة المعلن من البنك المركزى وقت البت فى المناقصة إلى قيمة العطاءات المقترنة بالدفع المقدم وذلك عن المبالغ المطلوب دفعها مقدما ، وتحسب الفائدة عن المدة من تاريخ أداء هذه المبالغ حتى تاريخ استحقاقها الفعلى » .

٥ - ضمان الدفعة الأخيرة :

ويعمل هذا الضمان على غرار نظام للسداد المؤجل ، وله من الأغراض ما لتأمين الأداء . وعند سداد كل دفعة من الدفعات المستحقة للمقاول يقتطع من دفعات السداد الجزئى هذه نسبة كضمان للدفعة الأخيرة . فالمفروض أن أداء المقابل يسير سيراً متناسباً مع العمل المؤدى . ويفرج عن هذا الضمان فى تاريخ أو تواريخ يتفق عليها ، وهى عادة عند القبول النهائى للأعمال من جانب المالك . وفى هذا المقام تنص المادة ٨٣ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ على أن « يصرف للمقاول دفعات على الحساب تبعا لتقدم العمل على النحو الآتى :

(أ) ٨٠ ٪ من القيمة المقررة للأعمال التى تمت فعلا مطابقة للشروط والمواصفات وذلك من واقع الفئات الواردة بالجدول .

(ب) ٦٠ ٪ من القيمة المقررة للمواد التى وردها المقاول لاستعمالها فى العمل الدائم والتى يحتاجها العمل فعلا بشرط ان تكون مطابقة للشروط وموافقاً عليها وان تكون مشونة بموقع العمل فى حالة جيدة بعد أجراء الجرد الفعلى اللازم وذلك من واقع فئات العقد .

(جـ) بعد تسلم الأعمال مؤقتاً تقوم جهة الإدارة بتحرير الكشوف الختامية بقيمة جميع الأعمال التى تمت فعلاً ويصرف للمقاول عقب ذلك مباشرة ما يستحقه بعد خصم المبالغ التى سبق صرفها على الحساب أو أية مبالغ أخرى مستحقة عليه .

(د) عند تسلم الأعمال نهائيا بعد مدة الضمان وتقديم المقاول المحضر الرسمى الدال على ذلك يسوى الحساب النهائى ويدفع للمقاول باقى حسابه بما فى ذلك التأمين النهائى أو ما تبقى منه .

وجدير بالملاحظة ان ما يصرف للمقاول عند تسليم الأعمال نهائياً وبعد مدة الضمان ليس فحسب التأمين النهائى ، بل وأيضًا باقى حسابه بما فى ذلك ضمان الدفعة الأخيرة السابق خصمه من كل دفعة صرفت للمقاول على الحساب تبعاً لتقدم الأعمال . وكان يجدر ان يتناقص حجم الضمان النهائى ، وضمان الدفعة الأخيرة كلما زاد حجم العمل المؤدى لصالح المالك . وقد أضحى ذلك مطلبًا من المطالب التى يلح عليها المقاولون الدوليون وأرباب التجارة الخارجية ، ولكن هذا الانقاص فى مقدار الضمان تبعًا لزيادة ما يكون المالك قد تلقاه من المقاول من حجم الأعمال كثيرًا ما يغفل النص عليه فى وثائق المناقصة أو الضمان .

٦ - ضمان الصيانة :

يغطى ضمان الصيانة التزام المقاول بصيانة المنتج لفترة محددة من الوقت بعد إنجاز المشروع . ويستخدم هذا الضمان عادة بالنسبة لعقود تسليم مفتاح وتمتد مسئولية المقاول فى ظلها إلى ماهو أبعد من تاريخ بدء التشغيل بفترة محددة تسمى بفترة الصيانة ، وهى فترة يظل فيها المقاول مسئولاً عن صلاحية المشروع وأن كان قد سلمه إلى مالكه .

التأمينات أقل فى عقود التوريد :

فى عقود توريد البضائع ، لا يتطلب أكثر من تأمين واحد عادة وفى الأحوال المألوفة ، فان المورد أو المنتج يجب أن يقدم إما كفالة أو أعتماداً مخصصاً ، تبعًا لأعراف السوق بالنسبة لنوع البضاعة ، ومدة التسليم ، ومدى المخاطر ، وغير ذلك من الأعتبارات المتعلقة بالصفقة . وعلى أى حال ، فان التأمين يجب أن يكون فى حدود معقولة ، وأن يتجاوز فترة الضمان .

كل حالة بظروفها :

ومن الجلى ان شروط الضمانة المقدمة لمصلحة المشترى فى كل حالة بعينها سوف تعكس قدرة الأطراف على المساومة . وفى كثير من الأحيان ، على أى حال ، فان المشترى سوف يرفض ان يرتضى ما هو أقل من ضمان غير مشروط وفى الحالات القليلة التى يرتضى فيها ضمان مشروط فان قيمة الضمان تميل إلى ان تكون أعلى بكثير مما لو كان الضمان المتفق عليه ضماناً غير مشروط ، أى قابل للدفع عند أى طلب . وفى بعض البلدان مثل بلدان الخيج العربى فان عقود الأشغال العامة كلها يجب ان تكون مكفولة بضمانات غير مشروطة . وفى ظل القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ بشأن المناقصات والمزايدات فى مصر نجد احكامًا مقاربة فى المادة ٦٨ وما بعدها من اللائحة التنفيذية لذلك القانون . فقد نصت هذه المادة على ان :

١ - تؤدى التأمينات نقداً

٢ - وإذا كان لمقدم العطاء مبالغ مستحقة له لدى جهة الإدارة فيجوز له طلب خصم قيمة التأمين من هذه المبالغ ، بشرط ان تكون صالحة للصرف وقت تقديم العطاء أو وقت تقديم الطلب بالنسبة للتأمينات النهائية .

٣ - ولا يجوز ان يكون أداء التأمين عن طريق الكفالة . على أنه يجوز ان تقدم كفالة بقيمة التأمين إذا كانت قيمته تقل عن عشرين جنيهاً .

٤ – وتقبل الشيكات على المصارف المحلية إذا كان مؤشراً عليها بالقبول من المصرف المحسوبة عليه ، كما تقبل الشيكات المسحوبة على مصارف بالخارج ، بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد المصارف المعتمدة . ومع ذلك يجوز عند الأقتضاء قبول الشيكات العادية دون ان تكون مصرفية أو معتمدة من البنوك المسحوبة عليها إذا تبين وجود ضمانات كافية .

٥ – إذا كان التأمين كتاب ضمان وجب ان يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة ، وألاّ يقترن بأى قيد أو شرط وان يقر فيه المصرف بان يدفع تحت أمر جهة الإدارة المختصة مبلغا يوازى التأمين المؤقت ، وأنه مستعد لادائه بأكمله أو تحديد مدة سريان كتاب الضمان لمدد أخرى حسبما تراه الجهة الصادر لصالحها التأمين عند الطلب منها دون التفات إلى أية معارضة من مقدم العطاء . وإذا كانت الكفالة محدودة المدة فيجب ألا تقل مدة سريانها عن ثلاثين يوماً على الأقل بعد إنتهاء المدة المحددة لسريان العطاءات . وبالنسبة للتأمين النهائى فيكون سريان كتاب الكفالة لمدة تبدأ من وقت أصداره إلى ما بعد إنتهاء مدة العقد بثلاثة أشهر ، إلا إذا أتفق على غير ذلك .

وعندما ترد لإحدى الجهات الإدارية كفالة عن تأمين نهائى من أحد المصارف المرخص لها فى إصداره كتب كفالة أو أحد فروعها عليها أن تتحقق من ان المصرف أو الفرع قد أعطى إقراراً على هذه الكفالة بأنه لم يجاوز الحد الأقصى المعين لمجموع الكفالات المرخص للمصرف فى إصدارها .

فإذا تبين عند مراجعة الأخطارات بوزارة الأقتصاد والتجارة الخارجية أن المصرف قد تعدى الحد الأقصى المحدد له اخطرت الجهة المختصة فوراً لمطالبة المصرف بأن يؤدى إليها فى ميعاد لا يجاوز ثلاثة أيام عمل قيمة الكفالة نقدا » .

المبحث الثالث

ضمانات التنفيذ الإضافية

تعرف العقود الدولية بعض ضمانات التنفيذ الإضافية ، نورد موجزاً لاحكامها فيما يلى :

(أ) التعويضات الأتفاقية وحوافز الإنجاز المبكر :

تنص الشروط العامة للعقد عادة على أن لرب العمل ان يستوفى مبالغ متفق عليها كتعويض لـه عن أخفـاق المقاول فى إنجاز الأعمال خلال الفترة الزمنية المتفق عليها . ومن المألوف كثيراً ان هذه التعويضات الإتفاقية يرد تحديد لقيمتها فى الشروط الخاصة للعقد ، وكى يكون التعويض الإتفاقى صحيحا ، فان القانون الإنجلوساكسونى يشترط ان يقدر تقديراً مسبقاً ومعقولا ، بحسب الضرر الذى يحتمل ان يقع فعلا على رب العمل فى حالة التأخير فى الإنجاز . وبصفة عامة فان التعويض الإتفاقى يعتبر مقبولا متى كان بواقع ١ر٠٪ يومياً من قيمة العقد .

على انه يجرى العمل أيضاً ، على النص فى العقد على مكافأة (بونص) تمنح كحافز للتبكير فى الإنجاز . ويعتبر هذا التدبير أكثر فعالية فى منع التأخير وتفاديه من النص على توقيع جزاء مالى (تعويض إتفاقى) على المقاول كلما بدا عليه التأخير فى الإنجاز فقد أثبت العمل فى كثير من الأحيان على ان الحافز أفضل من الجزاء فى البلوغ بالعمل إلى التمام والكمال . ويجب أن تنظم مكافأة التبكير هذه فى الشروط الخاصة للعقد . وفى كثير من الأحوال ، نجد أن مبالغ حوافز التبكير تعادل المبالغ المقررة كتعويض إتفاقى .

ويجب أن يبين العقد العملة التى سوف يدفع بها كل من التعويضات الإتفاقية أو مكافآت الأنجاز المبكر .



(ب) التزامات الضمان القانونية :

تفرض أغلب الأنظمة القانونية بعض الضمانات فى العلاقات التعاقدية وتسرى هذه الضمانات عادة بين المتعاقدين ما لم ينصا فى العقد صراحة على غير ذلك . ويفترض عقد البيع قانونا أن البائع تعهد قبل المشترى بان البضاعة المبيعة قد أستوفت حدا من الجودة ، وتوافر لها مستوى معين ، وهذا المستوى يمكن ان يوضح صراحة ، وقد يعنى المتعاقدان بالنص على هذا المستوى من الجودة فى العقد ، وذلك بوصف البضاعة المطلوب شرائها فى العقد ، أو بالإحالة إلى عينة أو نموذج ، أو بتحديد معيار مكتوب كالإحالة إلى مواصفات معينة . وقد يحدد فى العقد مدة لقيام هذا الضمان أيضا . فاذا لم يحدد مدة لذلك ، سرت المدد المنصوص عليها فى القانون ، ولكنها على أى حال قابلة للتمديد والتقصير بحسب ما يرتضيه المتعاقدان أيضا . وهذه الضمانات نوعان ، صريح وضمنى .

والضمان الصريح ، هو ما يجب أن ينص عليه ويحدد صراحة فى العقد المكتوب . وفى حالة التخلف عن النص صراحة على الضمان فى العقد المكتوب ، أو فى حالة النص صراحة على إستبعاده ، فقد تظل تسرى ضمنا بعض الضمانات وفقاً لأحكام قانون الدولة التى يبرم فى ظل نظامها العقد أو التى سوف ينفذ على إقليمها . وهذه الضمانات تسمى بالضمانات الضمنية بالمقابلة لسابقتها التى تسمى بالضمانات الصريحة . وعلى سبيل المثال فإن القانون التجارى الأمريكى الموحد يتضمن النص على عديد من هذه الضمانات الضمنية فى إطار عقود التجارة الدولية . وتقوم هذه الضمانات على افتراض الآتى :

(أ) البائع يتمتع بسمعة طيبة .

(ب) البضاعة تتوافر لها الصلاحية للغرض العام الذى تستخدم من أجله عادة .

(جـ) فإذا كانت البضاعة مشتراه من أجل غرض خاص أحيط به البائع علما وقت إبرام العقد ، فيتعين توافر صلاحية البضاعة لهذا الغرض الخاص .

وللطرفين الحرية أن يقيما فيما بينهما الضمانات الصريحة التى يرتاحان إليها ، ويوضحا أبعادها ومعالمها كتابة فى العقد المبرم بينهما . ويعنى النص على ضمان صريح ، أو ضمانات صريحة أنه ليس ثمة ضمانات أخرى ضمنية فى العقد تتجاوز الحدود المرسومة للضمان أو الضمانات الصريحة . ومن ثم فإن الضمانات متى نص صراحة عليها فى العقد كان مفاد ذلك ان الطرفين قد إرتضيا هذه الضمانات دون أى ضمانات أخرى لم يفصحا عنها متى كانت هذه الضمانات بحسب القانون المطبق جوازية ، على أنه فى ظل بعض النظم القانونية ، تعتبر بعض الضمانات قائمة فى العقد بقوة القانون حتى لو نص المتعاقدان صراحة على استبعادها .

وقد جرى العرف التجارى اتباعا لهذا على ان منتجى العدد والآلات يقدمون للعملاء ضمانات نمطية خاصة بالتصميم والمصنعية والخامة ، وهذه الضمانات النمطية أو النموذجية تقوم عادة على ضمان البضاعة المبيعة لعدد محدد من الشهور ، أو ساعات التشغيل ، أو حد أقصى من الأميال بالنسبة للمركبات .

وفى المناقصات الدولية التنافسية ، يكون من المفيد للمشترى بالنسبة لتوريد المصانع والمعدات والآلات ان يوضح تفصيلا الضمان الخاص الذى يطلبه تبعا لمكونات البضاعة الموردة . وذلك ليتفادى احتمال عرض المتناقصين مدد ونطاق ضمان تختلف من متناقص وآخر ، مما يجعل من الصعب التقييم والمقارنة . وضمان التصميم والمصنعية والخامة يتضمن عادة التزام البائع بأن يستبدل أى جزء أو مكون يبين تلفه أو إخفاقه عن تأدية التشغيل المطلوب خلال مدة الضمان . وفى عقود شراء أسطول كبير من المركبات أو الماكينات يجدر بالمشترى أيضاً ان يحصل من البائع على ضمان

ضد « العيوب النمطية » type defects وهذا الأصطلاح يشير إلى نوع من العيوب أو العوار يظهر على جزء من وحدات الخامة الموردة ، وليس عليها كلها ، ولكن بالنظر إلى طبيعة العيب أو العوار فان الأحتمال متوافر أن يظهر العيب أو العوار على بقية وحدات البضاعة ويمتد إليها . وفى ظل مثل هذا الضمان فان ظهور « العيب النمطى » سوف يلزم البائع بأن يستبدل المكون أو الجزء المعيب ، لا فى بعض وحدات المركبات أو الماكينات المبيعة فحسب بل فى كلها .

وبالأضافة إلى ضمان التصميم والمصنعية والخامة بالنسبة لبعض أصناف الماكينات والمصانع ، فانه من المفيد أيضا التفاهم على بعض ضمانات الأداء صراحة ، مثل ما يتعلق باستهلاك الوقود وإنتاجية الماكينة .

الفصل الرابع

القواعد الموحدة لضمانات العقد

(الصادرة عن غرفة التجارة الدولية)

المبحث الأول

القواعد الموحدة لضمانات العقد

(النشرة رقم ٣٢٥ فى ٢٠ / ٦ / ١٩٧٨)

تمهيد :

أصبحت المشروعات الدولية تعول كثيرا على التأمين الابتدائى وتأمين الأداء وتأمين رد المدفوعات ، بحيث أصبحت هذه التأمينات معلماً أساسياً فى ممارسات التجارة العالمية .

وقد أمضت لجان غرفة التجارة الدولية المعنية بالتعاملات المصرفية والممارسات التجارية عدة سنوات فى دراسة موضوع هذه التأمينات أو الضمانات للتوصل إلى أحكام نموذجية بشأن إصدارها . ونشرت غرفة التجارة الدولية نتائج هذه الدراسات بإسم « القواعد الموحدة لضمانات العقود » وقد اسند إلى برنارد ويبيل Bernard S Wheble رئيس لجنة المعاملات المصرفية بغرفة التجارة الدولية كتابة مقدمة لنشرة غرفة التجارة الدولية لهذه القواعد الموحدة مع التعليق عليها .

والغرض الذى تستهدفه هذه القواعد هو تحقيق توازن عادل بين المصالح المشروعة للأطراف المعنية من بنك وعميل ومستفيد ، وقد وضعت هذه القواعد فى صيغتها النهائية بالتعاون الوثيق مع هيئات دولية معنية ، وعلى الأخص « لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية » (يونسيترال) United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)

وقد أملت غرفة التجارة الدولية – على حد قول أمينها العام كارل – هينريك وينكويست Carl - Henrik Winquist – أن تسهم هذه القواعد فى ترسيخ ثقة أكبر فى التجارة الدولية متى بنيت على أساس من ضمانات عقدية وطيدة .

مقدمة :

كتب برنارد وييبل رئيس لجنة المعاملات المصرفية بغرفة التجارة الدولية فى المقدمة التى عهد إليه بكتابتها لنشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٣٢٥ بالقواعد الموحدة لضمانات العقود – كتب يقول أن الضمانات الممنوحة من قبل البنوك ، وشركات التأمين ، وغير ذلك من الكفلاء على صورة تأمين ابتدائى للمناقصة ، وتأمين أداء تلك المناقصة ، وتأمين المدفوعات بالنسبة للمشروعات المنفذة فى بلد آخر بشأن توريد سلع أو خدمات أو تشييد أعمال هى أداه هامة من أدوات التجارة الدولية .

وبصفة عامة ، فإن الغرض من التأمين الابتدائى (Tender or bid bond) هو تقديم تأكيد من جانب الطرف المتقدم بعطائه أنه سوف يلتزم بعطائه إذا مارست عليه المناقصة وإبرم العقد المتناقص عليه .

وبالمثل فإن ضمان الأداء performance guarantee يقصد به تقديم حماية للمستفيد ضد الطرف الذى رست عليه المناقصة فيما لو اخفق فى أداء التزاماته التى يحمله بها العقد المبرم نتيجة رسو المناقصة عليه ، وهى بطبيعتها تحتاج إلى فترة من الوقت لإنجازها .

وأخيراً ، فإن ضمان المدفوعات repayment guarantee يحمى مصالح الطرف الذى أرسى المناقصة بشأن استرداد المدفوعات أو الدفعات المسبقة المؤداة منه متى لم ينفذ المتعاقد الراسى عليه المزاد التزاماته التى تعهد بها وفقاً لشروط العقد المبرم .

واستطرد برنارد ويبيل فى مقدمته المشار اليها يقول :

وهكذا ، فانه فى كل نوع من أنواع الضمانات المذكورة توجد أطراف ثلاثة ، تختلف مصالحهم وقد تتضارب ، على النحو الآتى :

المستفيد beneficiary وهو الداعى إلى المناقصة ثم المرُسّى للعقد وهو يريد إما أن يحصل على مبلغ من المال يعوضه فى حالة ما إذا أخل مقدم العطاء بالتزامه الذى يفرضه عليه تقدمه للمناقصة بعدم سحبه لعطائه قبل المدة المحددة للمفاضلة بين العطاءات المقدمة أو إذا رسا العقد على أحد المتقدمين بعطاءاتهم الا ينكص هذا الأخير عن إبرام العقد والبدء فى تنفيذه ، فإذا ما أبرم العقد وشرع فى التنفيذ أن يمضى فيه على ما يرام . كما يريد المستفيد أن يضمن أنه فى حالة ادائه لمدفوعات إلى الذى رسا عليه المزاد وأقبل على التنفيذ فانه سوف يستطيع أن يسترد مبلغ تلك المدفوعات إذا لم يستحقها من دفعت إليه ، وامتنع عن ردها إليه إما لعدم رغبته فى التنفيذ أو عجزه عنه .

والمتقدم إلى المناقصة principal ولو لم ترس عليه ، أو المتقدم إليها فرست عليه ، لايريد أن يجد نفسه مجبراً بسبب تقدمه بالضمان على أن يدفع مبالغ لاوجه لألتزامه بها حالة كونه قد أدى التزاماته التى يفرضها عليه مجرد تقدمه بالعطاء وعدم فوزه به أو تنفيذه لمقتضيات العقد الذى رسا عليه .

والضامن guarantor سواء كان بنكاً أو شركة تأمين أو أى طرف آخر ، يريد أن يكون ما يطالب بادائه فى حدود الضمان الذى تقدم به ، دون أن يضحى ضالعا فيما قد يطرأ من نزاعات محتملة بين الداعى للمناقصة الذى قد يصبح مرسياً لها على أحد المتقدمين وبين المتقدم للمناقصة سواءً لم ترس عليه أو تقدم لها ورست عليه ودخل فى تنفيذ العقد الذى رسا عليه ووقعه .

ولهذا ، فإن « ضمانات العقد »يقع عليها تحقيق مهمة صعبة ، تتمثل فى إيجاد توازن عادلٍ بين المصالح المشروعة للأطراف الثلاثة وتحديد حقوق وواجبات هذه الأطراف بالدقة الكافية لتفادى المنازعات .

ولسوء الحظ ، فإن هذه المفاهيم لم تلق على الدوام حسن التقدير أو حسن التطبيق عملاً . وقد قدر لنقص الخبرة فى بعض الأحيان ، ولتعسف أحد الأطراف فى ممارسة ماله من حقوق فى أحيان أخرى ، أن يفضى إلى إيجاد مراكز غير متكافئة مؤدية إلى منازعات وقلاقل . وفى هذا ما يعوق نمو العلاقات التجارية الدولية .

واستطرد برنارد ويبيل فى مقدمته المشار إليها موضحا موقف غرفة التجارة الدولية فى هذا المقام ، فقال :

ولهذا فقد عمدت غرفة التجارة الدولية ، بالتعاون الوثيق مع منظمات حكومية ودولية معنية ، وعلى الأخص « لجنة القانون التجارى الدولى بالأمم المتحدة » (يونسيترال) إلى إعداد مجموعة من « القواعد الموحدة لضمانات العقد » " Uniform Rules for Contract Guarantees " بهدف توحيد الممارسات بناءً على تحقيق توازن عادل بين مصالح الأطراف المعنية مع مراعاة الهدف التجارى للضمانة ، أو بعبارة أخرى بغية ضمان توافر المقدرة المالية لدى طرف ثالث مستقل من أجل السداد للمستفيد فى حالة ما إذا كان مطلبه فى هذا السداد مشروعاً .

وعند صياغة هذه القواعد ، بذلت العناية للحفاظ على أقصى قدر ممكن من المرونة للإيفاء بمتطلبات المدلولات المبينة فيما تقدم ، وأيضاً مع ارساء لمبدأ الحاجة إلى تبرير المطالبة بالوفاء فى ظل الضمانة ، واحترام الأخلاقيات فى هذا المقام مع عدم المساس بأعراف الضمانات العقدية . وهذا كله برجاء أن تزدهر التجارة الدولية على أساس الضمانات العقدية فى جومن الثقة بها .

ومن أجل هذه الاعتبارات ، رؤى ألا يكون التركيز على خطابات الضمان القابلة للتسييل بمجرد الطلب دون حاجة إلى استلزام دليل قائم بذاته على شرعية المطالبة ، أى استنادها إلى سند واقعى صحيح . وعلى الرغم من أن القواعد الموحدة لضمانات العقد أى الوثيقة رقم ٣٢٥ لا تشجع مثل هذه الضمانات ، ولم توضع لتطبق عليها

(بل وهناك شواهد على الاتجاه فى مناطق كثيرة إلى نبذ استخدامها فى عقود التجارة الدولية لما تكشف من مضارها الاقتصادية) إلا أن المتعاقدين الذين يرغبون على أى حال فى استخدامها ليس ثمة ما يمنعهم عندئذ من أن يكون تطبيقهم للقواعد الموحدة محل الوثيقة رقم ٣٢٥ جزئياً .

كما أنه وجد انه من غير المفيد عملاً الخوض فى الموضوع المعقد الخاص بطبيعة هذه الضمانة ، هل هى التزام أصيل ومستقل أم إنها التزام تبعى لالتزام آخر ، وذلك لإختلاف وجهات النظر فى ظل التشريعات المحلية . وبدلاً من ذلك ، فقد وجه الاهتمام على نحو أكثر واقعية إلى الشروط المؤدية للسداد بمقتضى الضمانة ، والأعتراضات والدفوع الجائز قبولها من جانب الضامن .

وفيما عدا بعض الاستثناءات القليلة (أنظر المواد ٧ / ٣ و ٨ / ٢ و ١١ / ٢) فإن العلاقة بين الآمر بإصدار خطاب الضمان والبنك مصدر خطاب الضمان لم تعالج فى هذه القواعد ، فقد وضع فى الحسبان أن مسألة رجوع البنك الضامن على الآمر بإصدار الضمان ، أقل حاجة إلى وضع الضوابط بشأنها من العلاقة بين المستفيد والضامن .

محتوى الوثيقة :

وتتألف « القواعد الموحدة لضمانات العقد » من إحدى عشرة مادة . كما تضمنت نشرة غرفة التجارة الدولية بباريس رقم ٣٢٥ بعض التعليقات الشارحة لأحكام هذه المواد .

وتحدد المادة الأولى من « القواعد الموحدة لضمانات العقد » المشار إليها اطار تطبيق هذه القواعد . وتقوم المادة الثانية بتعريف بعض المصطلحات المستخدمة فى هذه القواعد على نحو ما سيرد ذكره . وتتطرق المادة الثالثة بعد ذلك إلى بيان « مسئولية الضامن قبل المستفيد » وتحدد المادة الرابعة « آخر ميعاد للمطالبة » وتبين

المادة الخامسة أحكام « انقضاء الضمان » ثم تتطرق المادة السادسة إلى أحكام « إعادة الضمان » . وتتكلم المادة السابعة عن « التعديلات التى ترد على العقود والضمانات » والمادة الثامنة عن أوضاع « تقديم المطالبة » والمادة التاسعة عن « المستندات المدعمة للمطالبة » أما المادة العاشرة فتتطرق إلى « القانون الواجب التطبيق » وأخيراً تتعرض المادة الحادية عشرة « لتسوية المنازعات » .

أحكام الوثيقة :

ونمضى فيما يلى إلى استعراض أحكام مواد القواعد الموحدة لضمانات العقد مدعمة « بالتعليقات » ذاتها إلى أوردتها الوثيقة رقم ٣٢٥ المشار إليها على كل من موادها .

أولاً الإطار :

عن إطار سريان « القواعد الموحدة لضمانات العقد » أوضحت المادة الأولى من الوثيقة ما يلى :

١ – تطبق هذه القواعد على أى ضمان ، أو وثيقة ، أو تأمين ، أو تعويض ، أو ما شابه ذلك من تعهدات ، أو أى التزام سمى أو وصف (« ضمانا ») متى نص فيه على أنه خاضع للقواعد الموحدة بشأن ضمانات العطاء والأداء وإعادة المدفوعات (« ضمانات العقد ») الموضوعة بمعرفة غرفة التجارة الدولية (إصدار رقم ٣٢٥) ومقيدٌ لكافة الأطراف بأحكامه ، ما لم ينص على خلاف ذلك صراحة فى الضمانة أو فى أى تعديل لها .

ويقول التعليق على هذه الفقرة أن تطبيق القواعد الموحدة لضمانات العقد أمر أختيارى ، وهو ما يعنى إنه يجب أن يثبت فى عبارات وثيقة الضمان ذاتها أنه : « خاضع للقواعد الموحدة لضمانات العطاء والأداء واسترداد المدفوعات (ضمانات العقد) التى قررتها غرفة التجار الدولية (إصدار رقم ٣٢٥) » وعندئذ سوف تكون القواعد ملزمة للأطراف ، ما لم ينص فى الضمان أو فى أى تعديل لاحق له على أن يكون تطبيق تلك القواعد تطبيقاً جزئياً .

وإمكانية هذا التطبيق الجزئى تمكن الأطراف أن يوافقوا على تطبيق القواعد على الضمانات التى تدفع عند أول مطالبة ، وذلك بالنص على استبعاد أحكام المادة ٩ من التطبيق .

ويلاحظ إنه لتفادى الصعوبات ، عندما تكون الضمانات التى على عاتق المتقدم إلى المناقصة واجبة بالنسبة لمشروع بعينه ، فــإنه من المفــيد لــذلك المشــروع أن ينص فى الدعوة إلى التقدم بالعطاءات على أن قواعد غرفة التجارة الدولية سوف تطبق على أى من الضمانات .

٢ – فى الأحوال التى تتعارض هذه القواعد مع قواعد فى القانون واجب التطبيق على الضمانة ، ولا يجوز للأطراف الخروج عليها ، فإن قواعد هذا القانون هى التى تطبق .

وقد يحدث فى بعض البلاد أن تكون قواعد غرفة التجارة الدولية كلها أو بعضها ممتنعة التطبيق . وعلى سبيل المثال ، عندما ينص على وجوب ان تقام المطالبة عن ضمانة فى مدة زمنية حـــددها القــانون أو طوال أن يكون صك الضمان فى يد المستفيد ، بصرف النظر عن أى مدة إنقضاء مبينة فى الضمانة .

وقد وردت فى هذا الشأن بالتعليقات ملاحظة مؤداها أن الأمانة وسلامة التعامل توجبان على الطـرف الذى يكون على بينة من مثل هذه القواعد فى قانون بلاده ، سواء كان هذا الطرف هو المتقدم إلى المناقصة أو كان طرفا متلقيا لأمر أو ضامنا أو مستفيدا ، أن يخبر الطرف الآخر بذلك فى وقت إصدار الضمان . ولهذا الأمر أهميته على الأخص عندما يكون الضمان معطى من قبل ضامن فى بلد غير بلد المستفيد بناء على طلب طرف آمر فى بلد آخر .

وعندما يكون القانون أو اللوائح التنفيذية له فى بلد من البلاد قد وضع لضمانات بعض العقود ، مثل العقود الإدارية ، قواعد لا يجوز العدول عنها أو تعديلها وكانت هذه

القواعد الآمرة جزءا من القانون الواجب التطبيق بالنسبة للضمان (أنظر أيضا المادة ١٠) فإن أحكام القانون سوف تعلو على قواعد الوثيقة ، كما تعلو على أى بنود أخرى فى عقد الضمان .

ثانيا : التعاريف :

أوضحت المادة الثانية من القواعد الموحدة لضمانات العقد إنه بالنظر إلى هذه القواعد فإن :

(أ) « **ضمان العطاء** » يعنى تعهداً مقدماً من بنك ، أو شركة تأمين ، أو من غيرهما ويسمى مقدم هذا الضمان (الضامن) وهو يقدمه بناءً على طلب متقدم إلى مناقصة ويسمى هذا الطالب (المصدر) أو نزولا على تعليمات بنك ، أو شركة تأمين ، أو غيرهما بناءً على طلب المصدر ويسمى هذا الطرف (الطرف الامر) ويقدم هذا التعهد إلى طرف داع إلى التقدم بعطاءات ويسمى (المستفيد) وبمقتضى هذا التعهد يلتزم الضامن ، فى حالة اخلال الآمر بالتزاماته الناشئة عن تقديم العطاء بأن يؤدى مدفوعات إلى المستفيد فى حدود مبلغ معين من المال .

(ب) « **ضمان الأداء** » يعنى تعهداً مقدماً من بنك ، أو شركة تأمين أو من غيرهما (الضامن) بناء على طلب مورد سلع أو خدمات ، أو متعاقد آخر (المصدر) أو نزولا على تعليمات بنك ، أو شركة تأمين ، أو غيرهما (الطرف الآمر) إلى مشتر أو رب عمل (المستفيد) وبمقتضى هذا الضمان يتعهد الضامن - فى حالة إخلال المصدر بالتنفيذ السليم لشروط عقد بينه وبين المستفيد (العقد) - بأن يؤدى مدفوعات إلى المستفيد فى حدود مبلغ معين من المال ، أو أن يرتب لتنفيذ سليم للعقد إذا كان الضمان ينص على ذلك .

(جـ) **ضمان رد المدفوعات** يعنى تعهـدا مقـدما من بنك ، أو شركة تأمين أو غيرهما (الضامن) بناء على طلب مورد سلع أو خدمات ، أو متعاقد آخر (المصدر) أو مقدما نزولا على تعليمات بنك ، أو شركة تأمين ، أو غيرهما بناء على طلب المصدر

(الطرف الآمر) - تعهداً مقدماً إلى مشتر أو رب عمل (المستفيد) وبمقتضاه يلتزم الضامن - فى حالة تخلف المصدر عن دفع أى مبلغ أو مبالغ دفعت مقدما من المستفيد إلى المصدر ولم ترد إليه وفقا لأوضاع وشروط عقد مبرم بين المصدر والمستفيد (العقد)- يلتزم بأن يؤدى إلى المستفيد مدفوعات فى حدود مبلغ معين من المال .

وتحاول هذه المادة بحسب ما أوردته الوثيقة من تعليقات أن تبين طبيعة الضمانة (أنظر المقدمة) دون أن ترتب أى نتائج قانونية على هذه الطبيعة . فهذه المادة إنما تحدد وتسرد فحسب الأوضاع المختلفة للضمانات التى وضعت هذه القواعد لتطبق عليها ، وذلك كالآتى :

(أ) بيان الأطراف الضالعة فى مختلف انماط عملية ضمان العقد وذلك على أساس من الدور التجارى الذى يلعبونه فى مثل هذه العملية .

(ب) الأعتراف بأن بعض الضمانات ليس مسموحا بها قانونا فى بعض البلاد إذا صدرت من ضامن خارج بلد المستفيد ، ومن ثم يراعى صدورها من ضامن محلى أى ضامن فى بلد المستفيد ، أو بعبارة أخرى من ضامن محلى يعمل لحساب مصدر أو آمر .

(جـ) بيان أمكانية « أن يرتب الضامن لأجل أداء العقد » بدلا من « أن يقوم بالسداد للمستفيد فى حدود مبلغ معين من المال » .

(د) إبراز أهمية العلاقة بين أداء الضامن لألتزامه وبين اخلال المضمون بالتزامه ، بمعنى التعويل على ألا يكون اداء الضامن لالتزامه إلا متى كان ثمة إخلال من جانب المضمون بالتزامه .

ثالثا : مسئولية الضامن قبل المستفيد :

وفى حدود بيان هذه المسئولية وأحكامها تقرر المادة الثالثة من القواعد الموحدة ما يأتى :

١ – الضامن غير مسئول قبل المستفيد إلاّ وفقا للأوضاع والشروط المنصوص عليها فى الضمان وفى هذه القواعد ، وبما لا يجاوز المبلغ المنصوص عليه فى الضمان.

وتزيد « التعليقات » هذا الأمر إيضاحاً ، فتقرر أن ربط مسئولية الضامن ازاء المستفيد بالعبارة التى صيغت فيها الضمانة هو أقصى ما يمكن أن تأتى به القواعد لتحديد طبيعة الضمانة ويجب أن توفر عبارات الضمانة الدليل على ما إذا كان الضامن يتحمل بمقتضى الضمانة التزاما أصليا أم التزاما تبعياً وفقا لما قد يتضمنه القانون الواجب التطبيق على الضمانة من تحديد لمفاهيم كل من هذين الألتزامين .

ويدعو ذلك إلى مراعاة الوضوح والدقة فى صياغة الضمانة لترتيب الأثر القانونى المناسب لما هو معنى به تجاريا . ومن الجوهرى تبين الضمانة بجلاء ماذا يريد الضامن والمستفيد أن يوضحاه . وعلى وجه التحديد ، ما الذى سوف يجب على الضامن أن يدفعه ، ومتى يكون هذا الدفع .

وبالنسبة لضمان العطاء ، على سبيل المثال ، فإنه قد يبدو مرغوبا فيه ان :

(أ) يكون مبلغ الضمان أو نسبته محدداً بواقعية ، ويتفادى فيه طالب العطاء الانشغال المفرط بتأمين جانبه ، إذ إنه بغير ذلك قد لا تتأتى للدعوة إلى المناقصة استجابة مرضية ، أو قد يكون ثمة بعض الإنعكاسات على سعر العطاء ، لغير صالح الطرف الداعى للمناقصة وذلك إذا جاء تحديد المبلغ على قدر مغالى فيه .

(ب) يراعى فى مدة إنتهاء صلاحية الضمان أن يأتى تحديدها قريبا بقدر الإمكان من الميعاد المحدد للبت فى العطاءات ، مادام إنه ليس من مصلحة أى من المستفيد أو المضمون أن يصر على ضمان عطاء يبقى لوقت طويل بغير ضرورة تستدعى ذلك .

وإن موازنة التكلفة فى المناقصة ، وإطلاق المنافسة بين العطاءات يدعو فى حد ذاته إلى تحاشى التقدم بعطاءات غير مدروسة أو غير المناسبة .

ويمراعاة الأنواع الأخرى من الضمان ، فإن واقعة الربط بين التزام الضمان وإخلال المضمون بالتزامه سوف تستدعى أن يدرج فى الضمان شروط تتطلب تقديم أدلة معينة لأثبات الإخلال الذى يعطى المستفيد حق المطالبة بتسييل الضمان ، وأيضا تحديد المبلغ الذى يمكن المطالبة به فى حالة الاخلال . ويجب أن تكون هذه الشروط من طبيعة تمكن الضامن نفسه أن يتحقق مما إذا كانت قد استوفيت أم لا .

٢ - لا يجوز تخفيض المبلغ المحدد للمسئولية المعين فى الضمان بسبب أى تنفيذ جزئى للعقد ، ما لم ينص على ذلك فى الضمان . ويسترعى ذلك الأنتباه إلى حقيقة هامة ذات تأثير على صياغة عبارات الضمانة ، ومن ثم ، المسئولية المحتملة للضامن . ولا تقوم فى ظل أحكام الوثيقة قرينة تلقائية على تخفيض الضمان بواقع نسبة ما تم من تنفيذ جزئى للعقد الذى أعطيت الضمانة بشأنه .

وعلى ذلك ، إذا إنصرفت نية الأطراف إلى أن يخفض مبلغ الضمان بواقع نسبة ما تم من تنفيذ تدريجى للعقد ، أو بأى نسبة أخرى ، فيتعين أن ينص على ذلك صراحة فى الضمان ، ومن الجلى أيضا ، أنه سوف يكون مرغوبا فيه أن يرد حكم بهذا المعنى فى العقد الذى يعطى بشأنه الضمان .

٣ - لا يجوز للضامن أن يحتج لدفع مسئوليته إلاً بالأوجه المنصوص عليها فى أوضاع وشروط الضمان أو بالأوجه المسموح بها بمقتضى القواعد الموحدة .

رابعاً : آخر ميعاد للمطالبة :

أما آخر ميعاد للمطالبة التى يجوز أن يتلقاها الضامن لمطالبته بتنفيذ التزامه بالضمان فقد أوضحته المادة الرابعة مبينة انه :

إذا لم يحدد الضمان ميعاداً لا يجوز أن يتلقى الضامن مطالبة بعده ، فإن آخر ميعاد لهذا « الأجل المسقط » يكون :

(أ) فى حالة ضمان العطاء ، ستة أشهر من تاريخ الضمان .

(ب) فى حـالة ضمان الأداء ، سـتة أشهر من التاريخ المحدد فى العقد للتسليم أو الإنجاز أو أى امتداد بهذا الخصوص ، أو شهرا بعد انقضاء أى فترة صيانة يكون منصوصا عليها فى العقد ، إذا كان ضمان الأداء يغطى صراحة فترة الصيانة هذه .

(جـ) فى حالة ضمان إعادة المدفوعات ، ستة أشهر من التاريخ المنصوص عليه فى العقد للتسليم أو الإنجاز أو أى مد لذلك .

فإذا جاء آخر يوم فى الأجل المسقط يوم عطلة من العمل ، أمتد الميعاد إلى أول يوم عمل تال .

وقد أوضحت التعليقات على هذه المادة إنه من المرغوب فيه بكل جلاء أن ينص على آخر ميعاد يجب أن تصل فيه المطالبات إلى الضامن .

ولذلك يجب أن تكون القاعدة أن يعنى الضامن مباشرة أو من خلال الطرف الآمر بان ينص فى الضمان على ميعاد إنقضاء المطالبات . ويجب أن يربط ميعاد الإنقضاء هذا على نحو واقعى بفترة العطاء أو بفترة الأداء بحسبب الأحوال .

ولا تسرى الفقرات (أ) و (ب) و (جـ) من هذه المادة إلا فى الحالات التى لم ينص فيها المدين الأصلى على « ميعاد لانقضاء المطالبات » .

ويجب أن يوضع فى الإعتبار ، على أى حال ، أن فى بعض البلاد يحظر التشريع النص على ميعاد لانقضاء المطالبات فى « عقد الضمان » وقد يفضى مثل هذا التشريع متى كان الزاميا إلى بقاء الضامن مسئولا عن التزامه لمدة أطول من المدد المنصوص عليها فى هذه المادة الرابعة من الوثيقة أو مما نص عليه فى الضمان صراحة .

وتعنى واقعة أن ميعاد إنقضاء المطالبة هو آخر يوم يجوز فيه قبول المطالبة من قبل الضامن ، أن يوم العطلة المشار إليه فى الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من الوثيقة هو يوم العطلة فى مقر أو بلد الضامن ، وليس فى مقر أو بلد المستفيد .

خامساً : إنقضاء الضمان :

نصت المادة الخامسة من القواعد الموحدة لضمانات العقد فى هذا الصدد على أنه :

١ – إذا لم يتلق الضامن أى مطالبة آخر يوم من الأجل المسقط أو قبل ذلك ، أو إذا كانت المطالبة الناشئة عن الضمان قد سويت تسوية كاملة قبل ذلك ، يضحى الضمان منقضيا .

٢ – وبمراعاة ما نصت عليه المادة الرابعة آنفة الذكر من الوثيقة فإنه بالنسبة لضمان العطاء :

(أ) إذا ما قبل المستفيد العطاء ، وأرسى العقد على المصدر ، ثم نص فى العقد المكتوب على أن يقدم المصدر ضمان أداء ، أو كان ذلك منصوصا عليه فى العطاء إن لم يوقع عقد ، أو لم يكن مثل هذا الضمان متطلبا ، فإن توقيع المصدر على العقد يجعل ضمان العطاء الصادر لحسابه غير سار بعد ذلك .

(ب) كما تنتهى صلاحية ضمان العطاء ، إذا ما كان العقد الذى تعلق به قد أرسى على متناقص آخر ، ومن تاريخ هذا الإرساء ، وذلك سواء استوفى هذا المتناقص الشروط المتطلبة بالفقرة ٢ (أ) من هذه المادة اولم يستوفها .

(جـ) كما تنتهى صلاحية ضمان العطاء أيضا فى الحالة التى يعلن فيها المستفيد الصادر لصالحه العطاء صراحة أنه لا ينوى إبرام أى عقد .

وقد جاء بالتعليقات على هذه المادة أن الغرض من هذه المادة هو أن يوضح بكل دقة الوقت الذى تكف فيه الضمانة عن الفعالية .

ولهذا الأمر أهمية على الأخص بالنسبة لضمانات العطاء ، كما هو مبين بالفقرة ٢ (ب) من هذه المادة الخامسة التى بينت أحكامها بوضوح الموقف إزاء المستفيد (الذى يعرف على من أرسى العطاء) والضامن (الذى فى الغالب ما يجهل هذه المعلومة) وفى الفقرة ٢ (جـ) من المادة المذكورة التى تعالج الموقف الناجم عن إعلان المستفيد نيته فى عدم إبرام عقد أصلا .

سادساً : إعادة الضمان :

ونصت المادة السادسة من القواعد الموحدة على أنه عندما تنتهى صلاحية الضمان طبقا لما تضمنه من شروط وآجال ، أو وفقا لهذه القواعد ، فإن إحتجاز الوثيقة التى أفرغ فيها الضمان ، لا يعطى فى حد ذاته أى حقوق للمستفيد ، ويجب إعادة الوثيقة إلى الضامن بلا تأخير .

وقد أوضحت التعليقات وأكدت أن إعادة الضمان إلى الضامن عند انقضاء صلاحيته أمر مرغوب فيه لإعتبارات « اليقينية » ، ذلك أن إعادة الوثيقة الأصلية يؤكد بشكل حاسم إنه ما من مطالبات ستقدم فى ظل وثيقة الضمان المرتجعة . وقد يكون لهذا الأمر دلالة خاصة فى البلاد التى تنص تشريعاتها على بقاء الضمان فعالا حتى يعاد إلى الضامن ، أو يبرىء المستفيد صراحة الضمان من التزاماته .

كما أن إعادة وثيقة الضمان إلى الضامن مرغوب فيه أيضا من أجل اعتبارات إعداد الميزانية ، وذلك لإزالة أى شك يثور حول تسوية الديون المحتملة .

وعلى أى حال فإن القواعد الموحدة لا تفرض جزاء على الإمتناع عن إعادة مثل هذه الوثائق ، إلا أنه فى ظل هذه القواعد فان حيازة وثيقة الضمان أو إحتجازها لا يعطى فى حد ذاته أى حق للمستفيد .

سابعاً : التعديلات التى ترد على العقود والضمانات :

وتنص المادة السابعة من القواعد الموحدة على انه :

١ - لا يعتبر ضمان العطاء صالحا إلا بالنسبة للعطاء الأصلى المقدم من المصدر، ولا يسرى فى حالة أى تعديل يرد على العطاء ، ولا بعد تاريخ إنتهاء صلاحيته المحدد فى الضمان أو الوارد فى هذه القواعد ، ما لم يخطر الضامن المستفيد كتابة أو ببرقية أو رسالة برقية أو تليكس بسريان الضمان فى مثل هذه الأحوال أو بأن تاريخ إنتهاء الصلاحية قد مد لتاريخ لاحق .

وتستهدف هذه الفقرة تغطية الوضع الذى كان ينشأ فى الماضى بشأن ضمانات العطاء ، حيث كان المستفيد يطلب « إما مد أجل الضمان أو السداد بمقتضاه » وقد يكون لدى المستفيد أسباب مبررة لمد الأجل لحين تلقى وفحص العطاءات ، إلا أن المدين الأصلى (المضمون أو المكفول) لا يجب أن يجبر على مد أجل صلاحية عطائه أو إعادة التفاوض حول عروضه تحت تهديد بأنه مطالب بالدفع بمقتضى الضمان . ولهذا ، فإن للضامن ألا يسدد بمقتضى الضمان ، ما لم تكن مطالبته بالسداد مصحوبة بتقرير مما تنص عليه المادة ٩ (أ) كما أن للضامن ألا يمد أجل صلاحية الضمان دون موافقة المدين الأصلى أو الطرف الآمر كما هو مبين فى المادة ٧ (٣) .

٢ - يجوز أن ينص فى ضمان الأداء أو ضمان رد المدفوعات أنه لن يسرى فى حالة أى تعديل فى العقد أو أن يخطر الضامن بأى تعديل من هذا القبيل للحصول على موافقته . فإذا لم ينص على شىء من ذلك ، يكون الضمان صالحا بالنسبة لألتزامات المصدر كما ورد النص عليها فى العقد أو أى تعديل يرد عليها . وعلى أى حال فإنه لن يكون صالحا فيما زاد عن المبلغ أو بعد تاريخ إنتهاء الصلاحية المنصوص عليهما فى الضمان أو فى هذه القواعد الموحدة ، وذلك مالم يكن الضامن قد أخطر المستفيد كتابة أو برقا أو برسالة برقية أو تليكس بأن المبلغ قد زيد إلى رقم محدد ، أو أن تاريخ الصلاحية قد مد .

وقد نصت « التعليقات » على أن الإلمام بشروط العقد الأصلى قد يكون حيويا بالنسبة للضامن للتعرف على مقدرة المدين الأصلى على الوفاء بالتزاماته ، ومن ثم ليقرر ما إذا كان سيمنح الضمان أم لا .

بل أن معرفة شروط هذا العقد الأصلى تصبح أكبر أهمية عندما يكون الضمان ممنوحا بعبارات تلزم الضامن أن يكفل تنفيذ العقد فى حالة إخفاق المدين الأصلى فى ذلك .

ولهذا ، فإن معرفة ما يطرأ من تعديل فى أحكام العقد قد تكون مهمة بالنسبة للضامن . فمن الحيوى ألا يكون الضامن ملزما بما هو أزيد من المبلغ الذى أتفق عليه أصلا ، أو لمدة أبعد من تاريخ إنتهاء صلاحية الضمان ويكون هذا منصوصاً عليه صراحة فى العقـد . وقد يكون من المهم أيضا بالنسبة له أن يلم بما يطرأ على العقد أو تنفيذه من تعديلات لاحقة ، وذلك من أجل أن يقدر مسئوليته حق قدرها ، وإذا كان ذلك ، فإنه يجب على الضامن أن ينص فى الضمان أنه يجب إخطاره بمثل هذه التعديلات ، بل والحصول على موافقته على إجرائها .

٣ – أى تعديل أجراه الضامن فى أوضاع أو شروط الضمان لن يكون نافذا بالنسبة للمستفيد إلاً إذا ووفق عليه من قبل المستفيد ومن قبل المصدر أو الطرف الآمر بحسب الأحوال .

وقد أفادت « التعليقات » فى هذا المقام بأن من المرغوب فيه أن يكون عقد المصدر أو الطرف الأمر بالضمان واردا بالكتابة أو ببرقية أو بتلغراف أو تلكس .

ثامناً : تقديم المطالبة :

وتنص المادة الثامنة من القواعد الموحدة على أنه :

١ - تقدم المطالبة بشأن الضمان كتابة أو ببرقية أو تلغراف أو تلكس ويجب أن يتلقاها الضامن فى ميعاد لا يتجاوز تاريخ نهاية الصلاحية المحدد فى الضمان أو التاريخ المنصوص عليه فى هذه القواعد الموحدة .

٢ - عند استلام الضامن للمطالبة عليه أن يخطر بلا تأخير المصدر أو الطرف الآمر حسب الأحوال بهذه المطالبة وبأى مستندات يتلقاها أيضا .

٣ - لا يعتد بأى مطالبة ما لم يتوافر فيها الآتى :

(أ) أن تكون قد إتخذت وسلمت على ما هو مبين بالفقرة (١) من هذه المادة .

(ب) وأن تكون مدعمة بالمستندات المحددة فى الضمان أو فى هذه القواعد الموحدة .

(جـ) ويمكن تقديم هذه المستندات لاحقة على تقديم المطالبة ولكن فى المدة المحددة فى الضمان ، فإذا لم تحدد ، ففى أسرع وقت مناسب عملا ، أو على أكثر تقدير خلال ستة أشهر من استلام المطالبة . وعلى المستفيد أن يعد مستنداته خلالها .

وفى كل الأحوال ، لا يعتد بالمطالبة ، إذا كان الضمان قد فقد صلاحيته ، وفقا لشروطه ذاتها أو وفقا لهذه القواعد الموحدة .

وترتبط الفقرة ١ بالمادة ٤ (راجع مناقشة الموضوع سابقا) من أجل إرساء تاريخ تنتهى به المهلة المسموح فيها بتسليم المطالبة إلى الضامن وتتطلب على وجه التحديد أن تقدم مثل هذه المطالبة بإحدى وسائل الأتصال السريعة « كبرقية أو تلغراف أو تلكس » .

ولذلك كان ضروريا أن ينص الضمان بكل تحديد ضد من تقام المطالبة أو بعبارة أخرى أن يبين اسم وعنوان الضامن ، والعنوان أمر هام على وجه الخصوص فى حالة ما إذا كان للضامن أكثر من موطن ، بل ومن المحتمل أن يكون له أكثر من موطن فى المدينة الواحدة .

ولم تواجه القواعد الموحدة الحالة الاستثنائية التى تكون فيه المطالبة قد وجهت من قبل المستفيد فى الوقت المقرر ، ولكنها لم تصل إلى الضامن إلا بعد الأجل المحدد لتقديم المطالبات بسبب « قوة قاهرة » . ويبدو أن هذه مسألة يترك حسمها لقواعد « القوة القاهرة » فى القانون الواجب التطبيق .

وترسى الفقرة ٣ (جـ) مدة تكميلية تصل فيها الوثائق المقررة للمطالبة والتى تتطلب شروط الضمان أو هذه القواعد إلى يدى الضامن .

تاسعاً : المستندات المدعمة للمطالبة :

وتنص المادة التاسعة من القواعد الموحدة على أنه :

إذا لم يعين الضمان المستندات التى يجب تقديمها لتدعيم المطالبة أو أكتفى بتقرير مطالبة المستفيد ، فعلى المستفيد أن يقدم :

(أ) فى حالة ضمان العطاء ، بياناً بأن عطاء مصدر الضمان قد قبل ، وأن المصدر بالتالى أما أنه قد أحجم عن توقيع العقد ، أو عن تقديم ضمان الأداء ، كما هو منصوص عليه فى شروط العطاء ، وبيانا بموافقته الموجهة إلى المصدر بأن أى نزاع من جانب المصدر بشأن الدفع له عن كل أو بعض المبلغ المدفوع فى ظل الضمان تسوى بمعرفة محكمة قضائية أو هيئة تحكيم على ما تحدده وثائق المناقصة ، وإذا لم يكن ذلك محددا فى تلك الوثائق ومن ثم متفقا عليه فبالتحكيم وفقا لقواعد محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية ، أو لقواعد تحكيم اليونستيرال على حسب ما يختاره المصدر .

(ب) فى حالة ضمان الأداء أو ضمان رد المدفوعات إما حكم محكمة أو قرار تحكيم يبرر المطالبة ، أو موافقة المصدر الكتابية على المطالبة وعلى المبلغ الذى يدفع .

وقد بينت التعليقات فى هذا المقام أنه سبق أن توضح فى المقدمة أن المفاهيم التى تقوم عليها القواعد الموحدة هى :

(أ) أن المطالبة لا يجوز أن تقام وتوضع موضع الإعتبار إلا إذا كان للمستفيد حق قانونى فى إقامة المطالبة على إمتناع المدين الأصلى عن أداء العقد المشمول بالضمان ، أو تقصيره فى ذلك الأداء .

(ب) أن المطالبة يجب أن تبرر بتقديم قدر معين من « الأثبات » على توافر مثل هذا الإخلال من جانب المدين الأصلى .

ومن المنطقى أن نتوقع أن يبين الضمان طبيعة هذا الأثبات وشكله . ويمكن أن يعين الطرفان على نحو محدد الوثائق اللازمة لهذا الأثبات (البينة المستندية) فى العقد . ثم يمكن أن تذكر فى الضمان . وعلى سبيل المثال ، يمكن أن تكون تلك البينة المستندية شهادة قد تكون فى صيغة منصوص عليها تمنح من قبل جهة محددة ، كمحاسب أو مشرف على الأعمال أو محكم أو شخص آخر . (وكما سبق عند مناقشة المادة ٣ فيما تقدم يجب أن تكون تلك البينة ذات طبيعة تسمح للضامن أن يستوثق بنفسه مما إذا كانت الوثائق المقدمة هى الوثائق المتفق على لزومها للإثبات من عدمه)

وعلى أى حال ، فإنه إذا كان الضمان جاء غفلا من ذلك – كما هو شأن الضمانات المدفوعة بناء على أى طلب بسيط أو عند أول طلب – فإن المادة ٩ تتصدى لذلك فتقول بأن الوثائق الأثباتية التى نصت عليها هى التى يجب أن تقدم .

ومن أجل تقرير المستفيد بأن « عطاء المدين الأصلى قد لقى القبول » (فقرة أ من هذه المادة) فأن القبول يجب أن يكون بطبيعة الحال غير مشروط .

كما أن « حكم القضاء أو قرار التحكيم » المشار إليه فى الفقرة (ب) من هذه المادة يعنى حكما أو قرارا صادرا بناء على إجراءات متخذة بين المستفيد والمدين الأصلى .

عاشراً : القانون الواجب التطبيق :

نصت المادة العاشرة من « القواعد الموحدة لضمانات العقد » على أنه :

إذا لم يحدد الضمان القانون الذى يخضع له ، فأن القانون الواجب التطبيق هو قانون مركز أعمال الضامن فإذا كان للضامن أكثر من مركز أعمال ، فأن القانون الواجب التطبيق هو قانون الفرع الذى أصدر الضمان .

وقد أوضحت « التعليقات » فى مقام القانون الواجب التطبيق أن القواعد الموحدة التى وضعتها غرفة التجارة الدولية لا تدعى إنها تحسم كل المشاكل التى يمكن أن تثور بشأن الضمانات . ولهذا السبب ، فقد كان من المتعين أن تتضمن القواعد حكما يجعل من الممكن تحديد القانون الواجب التطبيق دون أدنى لبس أو غموض .

وعندما تنص هذه القواعد عليها فأن الحلول التى أتت بها فى هذا المقام إنما تطبق حيثما لم يتفق الأطراف على اختيار القانون المحلى الواجب التطبيق بشأن الضمان ، وتذكر هذه القواعد الأطراف بحريتهم فى هذا المقام ، ومن المستحسن أن يغتنم الأطراف ذلك . على انه حيثما لزم الأطراف الصمت ، فإن الضمان يكون خاضعا لقانون موطن عمل الضامن . وقد يبدو ذلك غريبا بالنسبة لأولئك الذين ينظرون إلى الضمان على أنه عقد تبعى للعقد الأصلى ، وبالتالى يعتبرون أن الضمانة يجب أن يحكمها ذات القانون الذى يحكم العقد الأصلى .

وثمة أسباب عدة لعدم الأخذ بهذا الحل ، منها . أولا وقبل كل شىء – كما تكرر إيضاحه – أن القواعد قد امتنعت عن أن تتخذ موقفا بازاء طبيعة الضمان . وفضلا عن ذلك ، فإن تطبيق قانون موطن عمل الضامن قد يبدو أفضل من قانون العقد الأصلى . وذلك لأن :

(أ) هذا ليس من الممكن على الدوام تحديده بأحكام .

(ب) التزام الضامن هو الذى يضفى طابعه على عملية الضمان .

(جـ) الضامنون قد لا يكون بأمكانهم أن يصدروا ضمانات إلا وفقا لقوانين بلادهم .

احدى عشر : تسوية المنازعات :

نصت المادة الحادية عشرة من القواعد الموحدة المذكورة على أن :

١ - أية منازعة تنشأ متعلقة بالضمان يجوز إحالتها إلى التحكيم بالأتفاق بين الضامن والمستفيد إما وفقا لقواعد محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية ، أو قواعد تحكيم اليونستيرال ، أو أية قواعد أخرى للتحكيم يتفق عليها بين الضامن والمستفيد .

٢ - إذا أحيل إلي التحكيم نزاع بين الضامن والمستفيد يمس حقوق والتزامات المصدر أو الطرف الآمر ، فأن للمصدر أو الطرف الآمر حق التدخل فى إجراءات التحكيم هذه .

٣ - إذا لم يتفق الضامن والمستفيد على التحكيم أو على ولاية محكمة معينة ، فإن أى نزاع بينهما متعلقا بالضمان تنفرد بتسويته المحكمة المختصة فى البلد الذى به مركز أعمال الضامن الرئيسى ، أو المحكمة المختصة فى البلد الذى به الفرع الذى أصدر الضمان إذا اختار المستفيد ذلك .

وتعنى القواعد الموحدة بتوجيه النصيحة لتسوية أية منازعة تثور بشأن الضمان عن طريق التحكيم ، على أنه يجب أن يتوافر إتفاق خاص بين الضامن والمستفيد كى يلتزما بالتحكيم . وفى هذا المقام يترك لهما مطلق الحرية فى إختيار نمط التحكيم الذى يرتضيانه . على أن المادة تشير على أى حال إلى أكبر مجموعتين من القواعد المنظمة للتحكيم الدولى ألا وهما قواعد محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية ، التى تتمتع بأنظمة مستتبة وقواعد اليونستيرال الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية .

فإذا قام نزاع بين المستفيد والضامن ، فأنه يكون من المفيد ، أن يكون المدين الأصلى أو الطرف الآمر بالضمان جائزا له التدخل فى الإجراءات ، وقد وضعت المادة

١١ فقرة (٢) حكما خاصا لهذا الفرض . وبينما أن هذا الحكم الخاص لا يجعل من الممكن إجبار المدين الأصلى أو الطرف الآمر بالضمان على التدخل فأن ذلك الحكم الخاص يجعل على أى حال من المستحيل على الضامن أو المستفيد أن يتمسك بالطبيعة الخاصة للتحكيم كمنازعة مغلقة على طرفيها للأعتراض على مثل هذا التدخل .

وبغير مشارطة تحكيم فأن الأطراف المتنازعة حول الضمان يمكن أن يجدوا أنفسهم معرضين لقضاء محاكم فى عدة بلاد . ولتفادى ذلك ، فقد نصت هذه المادة على أن المحاكم فى البلد الذى ينتمى إليه موطن أعمال الضامن وحدها هى التى تختص ، أو المحاكم التى تتبع البلد حيث يوجد الفرع المصدر للمضان .

المبحث الثانى

القواعد الموحدة لضمانات العقد تحت الطلب

(النشرة رقم ٤٥٨ فى ابريل ١٩٩٢)

تمهيد :

يرجع أهتمام غرفة التجار الدولية بموضوع « خطابات الضمان تحت الطلب أو غير المشروطة » واستخدامها فى معاملات التجارة الدولية إلى ما يزيد على ثلاثين عاماً . وقد شكلت غرفة التجارة الدولية لهذا الغرض جماعة عمل مشترك من لجنة ممارسات التجارة الدولية Commission on Imternational Commer-cial Practice ولجنة التقنيات والنظم المصرفية Commission on Banking Technique and Practice لصياغة القواعد الكفيلة بتوفير أوجة الحماية ضد التسييل المتعسف وتدبير توازن عادل بين المصالح المتصارعة . وقد ثبت أن الموضوع أكثر تعقيداً مما كان فى الحسبان ، وانقضت زهاء ثلاث عشرة سنة قبل أن تصدر غرفة التجارة الدولية لوثيقة « القواعد الموحدة لضمانات العقد » (نشرة رقم ٣٢٥) وقد لجأت هذه القواعد إلى التعامل مع مشكلة التسييل غير المشروع لخطابات الضمان بتطلب تقديم حكم محكمة أو قرار هيئة محكمين كشرط لحصول المستفيد على مستحقاته من خلال خطاب الضمان الصادر لصالحه . ولئن كانت الوثيقة رقم ٣٢٥ قد دخلت إلى حيز التطبيق ولازالت تلقى الاستعمال فى بعض الحدود ، إلا أن تطلب مثل هذا الشرط الذى علقت عليه الوثيقة المذكورة إستيفاء المستفيد لمستحقاته فى خطاب الضمان بدا جد بعيد عن الممارسات المصرفية والتجارية الجارية ، مما صعب ازاءه حصول الوثيقة المذكورة على الرضاء العام بها .

وتعكس النشرة الحالية لغرفة التجارة الدولية رقم ٤٥٨ الصادرة « بالقواعد الموحدة للمضانات تحت الطلب » الممارسة الدولية فى استخدام الضمانات غير المشروطة أو تحت الطلب ، مع الحفاظ فى الوقت ذاته على الهدف الذى تغيته القواعد السابقة من تحقيق التوازن بين مصالح الأطراف المختلفة ، والحد من اساءات تسييل

الضمانات . وقد كانت القواعد الجديدة نتاج العمل المكثف والمشاورات التى اجرتها جماعة العمل المشترك بين اللجنتين المذكورتين تحت رياسة دكتور رودولف فون جرافينريلد Dr. Rudolf von Grafeenrled ، ثم استكمل العمل بمعرفة جماعة أصغر قامت بالصياغة تحت رياسة روى جوديه Roy Goode نائب رئيس لجنة ممارسات التجارة الدولية .

« والقواعد الموحدة للضمانات تحت الطلب » تغطى ليس فحسب العلاقات بين الضامن والمستفيد بل أيضا تلك العلاقات الناشئة عن « الضمانات - المقابلة » Counter - guarantees ، وتمثل هذه القواعد الجديدة أسهامة كبيرة فى تبنى الممارسات الموحدة فى هذا المجال المصرفى الهام من مجالات التجارة الدولية ، وهى تجسد المعرفة والخبرة الجماعية للجان الوطنية لغرفة التجارة الدولية ، والنقابات والغرف المهنية والتجارية ، والخبراء من الأفراد في مختلف أنحاء العالم . وتلبى « القواعد الموحدة للضمانات تحت الطلب » حاجة أساسية ، مما يجعلها تلقى التطبيق على أوسع نطاق . وفى الوقت ذاته ، فإن نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٣٢٥ ستستمر متاحة فى الوقت الحاضر لأولئك الذين يرغبون فى استخدامها ، أما مستقبلها فسوف يكون محل نظر فى تاريخ لاحق على ضوء الخبرة التى ستسفر عنها القواعد الجديدة .

مقدمة :

هذه « القواعد الموحدة للضمانات عند الطلب » (نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٤٥٨) هى - كما قلنا - نتاج جهد مجموعة العمل المشتركة بين « لجنة ممارسات التجارة الدولية » و « ولجنة التقنيات والنظم المصرفية » وأيضاً جهد مجموعة الصياغة المشكلة لوضع تلك القواعد فى صورتها النهائية . وقد قصد بهذه القواعد أن تطبق عالمياً فى استخدام الضمانات عند الطلب، وهى خطابات الضمان ، وصكوك الضمان ، وغيرها من تعهدات السداد التى ينشأ فى ظلها التزام الضامن أو الكفيل بالسداد بمجرد تقديم طلب مكتوب بذلك ترفق به مستندات يحددها الضمان ، ويكون

الألتـزام بذلك غـير مشـروط بالأخــلال الفعلى من جـانب المدين بالعقد الذى صـدر بشـأنه الضـمان ..

وتشبه « الضمانات تحت الطلب » الإعتمادات المستندية documentary credits من نـاحية أنه فى الضمان تحت الطلب لا يشترط كى يدفع الضامن للمستفيد قيمة الضمان أن يثبت له هذا الأخير أن المدين الذي ضمنه أو كلفه قد أخل فعلاً بالتعاقد الأصلى ، بل يكون دفعه لقيمة الضمان للمستفيد بمجرد أن يقدم إليه هذا الأخير طلباً معززاً بالمستندات المشترط تقديمها فى وثيقة الضمان . ومن ثم فأن الضامن فى الضمان تحت الطلب مثل مصدر الأعتماد المستندى لا ينشغل بواقعة الأخلال في حد ذاتها ، بل بالمستندات المتطلب تقديمها للأداء . ومن ثم كان الضمان هنا مثل الأعتماد المستندى ضماناً مستندياً بدوره .

أما عن الاعتمادات المساندة Standby credits فقد سبق لوثيقة « الأعراف والماوسـات الموحدة للإعتمادات المستندية » أن أخضعتها لأحكامها وثيقة « الأعراف والممارسات الموحدة للإعتمادات المستندية » Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (U C P) (مراجعة ١٩٨٣ وثيقة رقم ٤٠٠) وقد تطورت هذه الإعتمادات المساندة فى كافة الأتجاهات لتضحى وسائل تعزيز ائتمانى تستخدم فى إطار تجاوز فى اتساعه الضمانات تحت الطلب وامتد إلى دعم كثير من الأنشطة المالية والتجارية ، ويثير ممارسات وإجراءات غير مألوف الألتقاء بها فى علاقات الضمانات تحت الطلب (مثل التأييد أو التعزيز confirmation وفتح حساب خاص فى بنك ، وتقديم مستندات إلى طرف آخر غير الطرف المصدر للإعتماد) ومن مؤداها ربط أسلوب الإعتماد المساند إرتباطاً أو ثق بأسلوب الإعتمادات المستندية . وبالتالى ، بينما تندرج الإعتمادات المساندة تقنيا تحت تعريف الضمانات تحت الطلب إلا أنه يتوقع من مصدرى الإعتمادات المساندة مواصلة استخدام قواعد الـ U C P التى هى أكثر تفصيلاً وأكثر ملاءمة للمتطلبات الخاصة بالأعتمادات المساندة .

وهذه القواعدة الموحدة التى تضمنتها النشرة رقم ٤٥٨ لا تسرى على التأمينات لا العينية ولا الشخصية ، وبالأخص الكفالة ، ولا على أى تعهد بضمان تبعى ، أو بوالص

تصدرها شركات تأمين بالتعهد بالحلول محل المدين المكفول فى أداء الألتزام الذى يتخلف المدين الأصلى عن القيام به conditional bonds أو أى تحمل بالتزام تبعى من قبل الضامن لا يدفع بمقتضاه إلا فى حالة تخلف المدين الأصلى عن السداد فحسب أن مثل هذه الوسائل واسعة الأنتشار ، ولكنها تختلف فى حقيقتها عن الضمانات تحت الطلب ، ومن ثم خرجت عن نطاق هذه القواعد والغرض منها .

وقد وضعت هذه القواعد الموحدة التى تضمنتها النشرة رقم ٤٥٨ لأن « القواعد الموحدة لضمانات العقود » التى كانت قد أوردتها غرفة التجارة الدولية عام ١٩٧٨فى نشرتها رقم ٣٢٥ لم تلق الموافقة الشاملة عليها . وقد جاءت القواعد الموحدة الجديدة لتضفى مزيداً من الحماية على المصالح المختلفة للأطراف الضالعة فى عملية ضمان تحت الطلب . وعلى أى حال فمادام أن الأحكام التى تضمنتها النشرة رقم ٣٢٥ لازالت تلقى الأستعمال ، ويقبل البعض على استخدامها فى معاملات التجارة الدولية فقد أحتفظ بها سارية المفعول فى الوقت الحاضر لتكون متاحة لمن يرغبون فى استخدامها مفضلين إياها على القواعد الجديدة . وسوف يعاد النظر فى مستقبل النشرة رقم ٣٢٥ فى تاريخ لاحق على ضوء ما ستسفر عنه التجربة .

المستفيد :

يريد المستفيد أن يؤمن ضد مخاطر عدم وفاء المدين الأصلى بالتزاماته قبله على نحو ما نص عليها العقد الذى منح من أجله الضمان . ويتحقق هذا الضمان بتزويد المستفيد بأداة تمكنه من التوصل السريع إلى الحصول على مبلغ من المال فى حالة لو أن تلك الألتزامات لم تلق الإيفاء .

المدين الأصلى :

مع الأعتراف بإحتياجات المستفيد ، فأن المدين الأصلى يمكنه أن يتوقع على أرضية من النصفة والعدل وحسن النية أن يبلغ كتابة بما هو الأساس الذى يدعى عليه بإخلاله بالتزاماته . وسوف يساعد ذلك على التقليل من الإساءات فى استعمال الضمانات من خلال التعسف فى طلبات التسييل غير العادلة من جانب المستفيد .

الضامن :

كى تلقى هذه القواعد التطبيق ، يجدر ألا تنص الضمانة على أى شرط يعلق عليه سداد المستحقات سوى تقديم طلب كتابى وبعض المستندات المحددة على سبيل الحصر . وبالأخص ، فأن عبارات الضمان لا يجب أن تقرر استلزام الضامن التثبت مما إذا كان المستفيد والمدين قد أوفيا أو لم يوفيا بالتزاماتهما فى ظل العقد الأصلى ، وهو الأمر الذى لا يشغل به الضامن ولا شأن له به ، ويجدر على أى حال أن تكون عبارات الضمان واضحة وغير مبهمة فى هذا الخصوص .

الطرف الآمر بالضمان : The Instructing Party

وتعترف القواعد الجديدة بالممارسة المألوفة على مدى واسع الأنتشار والتى يمكن بمقتضاها لطرف آمر أن يصدر للضامن تعليمات يتلقاها من المدين الأصلى أو على مسئوليته . ويعزز بذلك ضمانته .

عموميات :

وترغب غرفة التجارة الدولية فى تشجيع ممارسات طيبة للضمانات تحت الطلب ، تحقق العدل للأطراف المعنية كافة ، وتؤمن غرفة التجارة الدولية بأن القواعد الجديدة سوف تحقق توازناً لائقاً بين المصالح من شأنه إقرار حقوق وواجبات كل الأطراف . وإذا قورنت هذه القواعد الجديدة بالقواعد التى نشرتها غرفة التجارة الدولية عام ١٩٧٨ (نشرة ٣٢٥) نجد أن القواعد الجديدة تضمنت تغييراً جذرياً فى صالح المستفيدين من حيث أنهم ما عادوا مقيدين بضمانات تتطلب تقديم قرار هيئة تحكيم أو أى دليل مكتوب يصدر من جهة مستقلة لسند أى طلب بالتسييل ، وعلى أى حال ، فإن الضمانات التى تستلزم مثل هذا الدليل لازالت فى إطار القواعد الجديدة كما أن هذه القواعد الجديدة تتضمن أحكاماً متعلقة بالضمانات المقابلة Counter guaran-tees وأنه لمن العلامات المميزة للضمانات الخاضعة لهذه القواعد الجديدة أنها قابلة للدفع بناء على تقديم واحد أو أكثر من مستندات معينة . على أن المتطلبات المستندية المحددة فى وثائق الضمانات تحت الطلب يمكن أن تختلف من حالة إلى حالة. وتتنوع

تبعاً لذلك تنوعاً شديداً . فمن ناحية نجد الضمانة المدفوعة فور تقديم مجرد طلب كتابى بالدفع دون استلزام أى تقرير بوقوع اخلال بالتزام يمليه عقد أصلى ، ولا استلزام لأى مستند آخر . وعلى الجانب الآخر نجد الضمانة التى تتطلب تقديم حكم قضائى أو قرار محكمين .

وبين هذين الحدين نجد اشكالاً وسيطة لضمانات أخرى تحت الطلب متنوعة ، مثل الضمانات التى تتطلب تقريراً بالأخلال من جانب المستفيد ، مع تحديد طبيعة هذا الأخلال أو دون تحديده حسب الأموال ، أو تقديم شهادة من مهندس أو مشرف على الأعمال . وكل هذه الصور للضمانات تدخل فى إطار القواعد الجديدة .

وعلى أى حال ، فإن مصالح المستفيد يجب أن يجرى موازنتها بالحاجة إلى حماية المدين ضد مطالبته مطالبة جائرة أو غير مشروعة لتسييل الضمانة an unfair claim on the guarantee . وتعتبر غرفة التجارة الدولية :

(أ) أن من الصائب أن يشترط فى الضمانة وفقاً لمبادىء الأنصاف وحسن المعاملة أن يكون طلب أداء أو تسييل الضمانة كتابة ومصحوبا على الأقل ببيان من المستفيد يوضح فيه كيف وإلى أى حد يعتبر أن المدين قد أخل بالتزامه الأصلى . وهذا ما تنص عليه المادة ٢٠ من القواعد الموحدة الجديدة .

(ب) وأن المدين الذى يريد أن يتفادى تطبيق حكم المادة ٢٠ هذه أو يعدل فيه ، عليه أن يفصح عن ذلك للطرف الآخر ، فيدرجان فى الضمانة صراحة ما اتفقا عليه.

(جـ) وعلى أى حال ، فأن المادة ٢٠ عندما تقرأ مع المادة ٢ (ب) و (جـ) والمادتين ٩ و ١١ يتضح بجلاء أن الضامنين لا يعنون بالتأكد من صحة أى تقرير يقدم اليهم بحدوث الأخلال . وأنما كل ما يتأكدون منه بطبيعة الحال هو ما إذا كانت المستندات المقدمة بهذا الشأن مطابقة لما تطلبته الضمانة من مستندات لتسييلها ، فإذا كان ثمة عدم تطابق بين ما قدم من مستندات لأقتضاء الضمانة وبين المستندات التى تطلبتها الضمانة لهذا الغرض ، فإن الضامن لا يكون ملزماً بالسداد .

(د) وفضلاً عن ذلك فإن هذه القواعد لا تمس مبادىء أو قواعد أوردها القانون الوطنى ، أو المحلى لبلد من البلدان ، متعلقة بالغش أو الأنحراف الظاهر أو الجائر فى طلب تسييل الضمانات .

ومثل قواعد الـ U C P ، فإن القواعد الموحدة الجديدة للضمانات تحت الطلب تطبق على الضمانات التى ينص صراحة فيها على تطبيقها عليها ، ويتوقف نجاح تلك القواعد على إقبال مجتمع التجارة الدولية على استخدامها . وأن غرفة التجار الدولية من خلال لجانها الوطنية والساحة الدولية ، تشجع بشدة الدوائر الصناعية والمالية على الأنضمام لهذه القواعد التى تساعد على توحيد الممارسات فى مجال الاحتياج إلى الضمانات تحت الطلب .

......

وتتألف القواعد الموحدة للضمانات تحت الطلب (وثيقة غرفة التجارة الدولية رقم ٤٥٨ المنشورةفى إبريل ١٩٩٢) من ثمانى وعشرين مادة موزعة تحت العناوين الآتية :

(أ) إطار تطبيق القواعد (مادة ١) .

(ب) تعريفات وأحكام عامة (المواد ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨) .

(جـ) التبعات والمسئوليات (المواد ٩ و ١٠ و ١١ و ١٢ و ١٣ و ١٤ و ١٥ و ١٦).

(د) المطالبات (المواد ١٧ و ١٨ و ١٩ و ٢٠ و ٢١) .

(هـ) أحكام الأنقضاء (المواد ٢٢ و ٢٣ و ٢٤ و ٢٥ و ٢٦) .

(و) القانون واجب التطبيق والقضاء المختص (المادتان ٢٧ و ٢٨) .

ونمضى فيما يلى إلى بيان أحكام هذه المواد .

أولاً : اطار تطبيق القواعد

مادة (١) :

هذه القواعد تطبق على أى ضمان تحت الطلب وأى تعديل يرد عليه ، يتلقى الضامن (على ما هو موضح فيما سيلى) الأمر بإصداره ، وينص فيه على الخضوع للقواعد الموحدة للضمانات تحت الطلب الصادرة عن غرفة التجارة الدولية (نشرة رقم ٤٥٨) والزامها لكافة أطرافه ، إلا ما ينص صراحة على عدم الخضوع له من أحكام ، سواء فى الضمان أو فى أى تعديل يرد عليه .

ثانيا : تعريفات وأحكام عامة

مادة (٢) :

(أ) فى تطبيق هذه القواعد ، يقصد بضمان تحت الطلب (وسوف يقتصر على الأشارة إليه فيما يلى بالضمان) أى تعهد كتابى بالسداد (ايا ما كان ما يطلق عليه من تسمية أو وصف) صادر من بنك أو شركة تأمين أو أى هيئة أو شخص آخر (سوف يشار إليه فيما يلى بالضامن) لأجل سداد مبلغ من المال عند تقديم طلب بادائه مطابقاً للشروط المبينة فى التعهد المكتوب بالسداد ، مصحوباً بما نص عليه فى تلك الشروط من مستندات ، وعلى النحو الذي بينتها (كشهادة من معمارى أو مهندس استشارى أو حكم قضائى أو قرار محكمين) وذلك متى كان هذا التعهد قد صدر :

١ - نزولا على طلب أحد الأطراف ، أو بناء على تعليماته ، وعلى مسئوليته . (ويطلق عليه فيما سيرد « المدين الأصلى ») .

٢ - نزولاً على طلب بنك أو شركة تأمين أو أى هيئة أو شخص آخر وعلى مسئوليته (ويطلق عليه فيما سيرد « الطرف الآمر ») وهو يتصرف وفقاً لتعليمات الملتزم الأصلى قبل طرف آخر (يطلق عليه فيما سيرد « المستفيد ») .

وتتجاوز أحكام الفقرة (١) من المادة فى تعريفها للضمان تحت الطلب ما هو معروف بخطاب الضمان إذا أن تعريفها ذاك يمتد إلى كافة التعهدات الكتابية أياما كانت طبيعتها حتى لو لم تكن هذه التعهدات خطابات ضمان بالمعنى الدقيق لها .

ومن ناحية أخرى فإن المادة ٢ (أ) تنص على أن الضمان تحت الطلب هو كل تعهد يأخذه على عاتقه بنك ، أو شركة تأمين ، أو أى هيئة أو شخص آخر يخضع لقواعد هذه الوثيقة بينما أن الضمانات تحت الطلب عمليات مصرفية بطبيعتها . ومثل هذه العمليات فى ظل أغلب القوانين فى العالم لا يجوز إلاّ للبنوك ممارستها . ولم تكن هذه النقطة موضع إعتبار اللجنة التى أعدت صياغة الوثيقة .

(ب) الضمانات بطبيعتها تصرفات منفصلة عن العقد (أو العقود) وعن شروط المناقصة التى قد تكون هذه الضمانات قد أنبنت عليها ، ولا شأن للضامنين بمثل هذا العقد (أو العقود) أو بشروط المناقصات تلك ، وذلك على الرغم من ورود إشارة إليها فى « الضمان » والالتزام الذي يتحمله الضامن بمقتضى « الضمان » هو أن يدفع المبلغ أو المبالغ المبينة فيه عند تقديم طلب كتابى بالدفع ، مع تقديم المستندات المنصوص عليها فى « الضمان » متى بدت فى ظاهرها متفقة مع شروط «الضمان » .

(جـ) فى تطبيق هذه القواعد ، يعنى « الضمان المقابل » - counter guarantee تعهداً كتابياً بالسداد من جانب الطرف الآمر . أياما أطلق عليه من تسمية أو وصف ، إلى الضامن عند تقدُّم المستفيد، طبقاً لشروط التعهد، بطلب كتابى ، والمستندات الأخرى المنصوص عليها فى « الضمان المقابل » متى بدت ظاهريا متفقة مع شروط هذا الضمان المقابل . والضمانات المقابلة بحسب طبيعتها تصرفات منفصلة عن الضمانات المتعلقة بها ، وعن أى عقد (أو عقود) أو شروط مناقصة تغطيها تلك الضمانات . ولا شأن للأطراف الآمرة ، كما ليسوا ملزمين ، بأى حال من الأحوال بمثل هذه الضمانات ، أو العقود ، أو شروط المناقصات ، وذلك على الرغم من ورود إشارة إليها فى « الضمان المقابل » .

(د) يتضمن اصطلاحا « مكتوب » و « كتابة » أى رسالة يبعث بها بأحدى وسائل الأتصال السريع (برقية – فاكس – تلكس) (*) .

مادة (٣) :

يجب أن تكون كافة التعليمات لإصدار الضمانات والتعديلات التى ترد عليها وكذلك الضمانات ذاتها والتعديلات التى ترد عليها واضحة ومحددة ، مع تحاشى الأفراط فى التفاصيل وتبعاً لذلك ، يجب أن تبين الضمانات كافة :

(أ) المدين الأصلى .

(ب) المستفيد .

(جـ) الضامن .

(د) الألتزام المتطلب إصدار الضمان من أجله .

(هـ) الحد الأقصى للمبلغ الذى يدفع ، والعملة التى يدفع بها .

(و) تاريخ إنقضاء الضمان ، والواقعة التى ينقضى بها ، أو هذه الواقعة وحدها .

(ن) أوضاع المطالبة بالسداد .

(ى) أى نص لتخفيض مبلغ الضمان .

مادة (٤) : التنازل او التحويل assignment

الحق الذى للمستفيد فى التقدم بمطالبة وفقاً للضمان غير قابل للتنازل عنه للغير ، ما لم ينص على ذلك صراحة فى الضمان أو فى تعديل له .

على أن ذلك لا يؤثر على حق المستفيد فى أن يحول إلى الغير أو يتنازل له عن أى متحصلات ، يكون فى الحال أو الأستقبال مستحقاً لها بمقتضى الضمان .

---

* راجع النص الإنجليزى للمادة المرفق بالكتاب لمزيد من الحيطة .

مادة (٥) :

كافة الضمانات والضمانات المقابلة غير قابلة للرجوع فيها irrevocable ما لم ينص على غير ذلك .

مادة (٦) : تاريخ السريان :

يكون الضمان سارياً منذ تاريخ إصداره مالم تنص أحكامه صراحة على تاريخ لاحق لهذا السريان أو كان هذا السريان خاضعاً لشروط محددة فى الضمان ، أو قابلة للتحديد من قبل الضامن على أساس من مستندات مبينة فى الضمان .

مادة (٧) :

(أ) عندما يتلقى الضامن تعليمات بإصدار ضمان ، ولكن لأسباب تتعلق بالقانون أو اللوائح فى بلد الإصدار لا يكون الضامن قادراً على تنفيذ التعليمات الصادرة إليه بشأن هذا الضمان عليه أن يبادر إلى إبلاغ الطرف الذى أصدر تعليماته إليه برسالة لاسلكية telecomunication أو إذا لم يتسنّ له ذلك ، فعليه ابلاغه بأية وسيلة أخرى سريعة ، بأسباب عدم القدرة على التنفيذ ، ويطلب التعليمات المناسبة من ذلك الطرف .

(ب) ليس فى أحكام هذه المادة ما يلزم الضامن بإصدار ضمان ما دام لم يوافق عليه * .

مادة (٨) :

يجوز أن يتضمن الضمان حكماً صريحاً بالتخفيض provision for reduction وذلك بمقدار مبلغ أو مبالغ محددة فى تاريخ أو تواريخ محددة بناءً على تقديم المستندات المبينة فى الضمان لهذا الغرض .

(*) عندما تناولت أحكام هذه المادة « الإبلاغ » أوجبت أن يكون الإبلاغ بتعذر إصدار الضمان أو رفضه على عاتق الضامن على وجه السرعة . بينما أن رفض إصدار ضمان بناءً على طلب مصدر تعليمات به قد لا يستأهل إستخدام وسائل الأتصال السريعة كالبرق والرسائل اللاسلكية التى نصت عليها المادة ، ذلك أن البنك فى حالة رفضه لايكون قد تقاضى أى عمولة عن ذلك . وقد لا يكون بقادر بعد ذلك أن يحصل من مثل هؤلاء العملاء على ما سوف يكون قد تكبده من مصروفات فى هذا المقام .

ثالثا : التبعات والمسئوليات :

مادة (٩) :

كافة المستندات المحددة والمقدمة وفقاً للضمان ، بما فى ذلك طلب الضمان ، تخضع للفحص من جانب الضامن ، بالعناية المعقولة للتأكد مما إذا كانت بحسب ظاهرها مطابقة لشروط الضمان . وفى حالة ما إذا كانت مثل هذه المستندات لا تبدو مطابقة ، أو تبدو بحسب الظاهر متهاترة فيما بينها ، فإنها تلقى الرفض .

مادة (١٠) :

(أ) يكون للضامن الوقت المعقول reasonable time لفحص طلب مقدم عن ضمان وتقرير ما إذا كان يدفع أو يرفض الدفع .

(ب) إذا قرر الضامن رفض الطلب ، فإنه يخطر المستفيد بذلك على وجه السرعة برسالة لاسلكية by teletransmission ، أو إذا لم يكن ذلك متيسراً ، فبوسيلة أخرى عاجلة . وكل مستندات تقدم فى ظل الضمان يحتفظ بها تحت تصرف المستفيد . held at the disposal of the beneficeary .

مادة (١١) :

لا يتحمل الضامنون والأطراف الآمرة أية تبعات أو مسئوليات بشأن شكل أو صلاحية أو صحة أو عدم اصطناع أو تزوير أو قانونية اية مستندات مقدمة إليهم كما لا يتحملون أية تبعات أو مسئوليات بشأن أى بيانات مدرجة فى تلك المستندات ، ولا بشأن حسن نية أى شخص أو تصرفاته سلبا كانت أو إيجاباً ، مهما كان ذلك الشخص .

مادة (١٢) :

لا يتحمل الضامنون والأطراف الآمرة أية تبعات أو مسئوليات عن النتائج المترتبة على التأخير فى نقل أية رسائل أو خطابات أو مستندات ، أو فقدها ، أو على التأخير فى نقلها وفقدها معاً ، أو على التأخير أو التشويه أو أية أخطاء أخرى تحدث فى بث أية رسالة لا سلكية . ولا يتحمل الضامنون والأطراف الآمرة أية مسئولية عن الأخطاء فى ترجمة أو تفسير الأصطلاحات الفنية ، ويحتفظون بالحق فى نقل نص الضمانة أو أى جزء منها دون ترجمة لها .

مادة (١٣) :

لا مسئولية على الضـامنين والأطـراف الآمـرة عن النتـائج الناجمـة عن توقف (أو تعطل) أعمالهم بسبب أفعال خارجة عن إرادة البشر ، acts of God أو أحداث شغب riots أو قلاقل أهلية civil commotions ، أوثورات أو حركات تمرد أو عصيان insurrections ، أو حـروب wars أو أى أسـباب تـتعدى سيـطرتهم ، causes beyond their control ، أو بسبب اضرابات strikes أو إغلاق للمصانع lock - outs أو تدابير صناعية industrial actions إيما كانت طبيعتها .

المادة (١٤) :

(أ) الضامنون والأطراف الآمرة الذين يستعينون بخدمات طرف آخر بهدف تنفيذ تعليمات المدين الأصلى يؤدون ذلك لحساب هذا الأخير وعلى مسئوليته .

(ب) الضامنون والأطراف الآمرة لا يتحملون اية مسئولية أو تبعة عن تصرفات هذا الطرف الآخر ، لو لم ينفذ التعليمات التى ينقلونها إليه ، حتى لو كانوا قد أخذوا بأنفسهم المبادءة فى أختيار مثل هذا الطرف الآخر .

(جـ) يتحمل المدين الأصلى بتعويض الضامن أو الطرف الآمر ، حسب الأحوال ، عن كافة الألتزامات والتبعات التى تفرضها قوانين أو أعراف أجنبية .

المادة (١٥) :

لن يسلم الضامنون والأطراف الآمرة من المسئوليات والتبعات فى ظل المواد ١١ و ١٢ و ١٤ المشار إليها متى تنكبوا حسن النية good faith ، وبذل الرعاية المعقولة فى تصرفاتهم reasonable care.

مادة (١٦) :

لا يكون الضامن مسئولاً قبل المستفيد إلا وفقاً للأحكام المنصوص عليها فى الضمان أو فى أى تعديل له ، ووفقا لأحكام المنصوص عليها فى مواد هذه الوثيقة ، وذلك فى حدود مبلغ لا يتجاوز المبلغ المذكور فى الضمان أو فى أى تعديل له .

وأنه لمن السمات المميزة لكافة الضمانات فى إطار أحكام هذه الوثيقة أنها لا تستتبع الأداء من قبل الضامن إلاً بناءً على التقدم إليه بمستند أو أكثر يبين فى الضمانة. ويتفاوت ما يحدد من مستندات فى الضمانات تحت الطلب تفاوتا كبيراً وواسع النطاق وتتراوح المستندات المتطلبة من مجرد التقدم بطلب مكتوب بتسييل الضمان ، بلا حاجة إلى تقرير بالأخلال بالألتزام المكفول بالضمان أو تطلب أى مستند آخر غير الطلب الكتابى بسداد مبلغ الضمان إلى المستفيد ، وبين تطلب الضمان أن يقدم المستفيد حكماً من القضاء أو قراراً من محكم أو هيئة محكمين يسجل على المدين إخلاله بالألتزام الذى قدم الضمان لأجله أو بسببه للمستفيد، وذلك دون وجود ترابط قانونى بين الألتزامين المذكورين الأصلى والتبعى على أى حال ، لأن الضمان بصفة عامة هو « التزام مجرد » أى « التزام معرى عن السبب » لا يشترط لإفادة من صدر لأجله أن يقع إخلال من قبل المدين الأصلى بالتزامه قبله . وبين هذين الحدين للضمان تحت الطلب تتدرج صور وسط من الضمان المذكور ، مثل الضمان الذى يتطلب مجرد إقرار من جانب المستفيد بأن المدين الأصلى قد أخلَّ بالتزامه ، والضمان الذى يتطلب من جانب المستفيد تقديم شهادة من مهندس أو مشرف على التنفيذ بوقوع ذلك الأخلال ، وكل هذه الصور تقع تحت طائلة أحكام الوثيقة رقم ٤٥٨ المذكورة .

وعلى أى حال ، فإنه يجدر على الدوام مراعاة التوازن بين مصالح المستفيد ومصالح المدين ، مع محاولة حماية المدين من مغبة أى مطالبة غير مبررة ، ومن ثم غير عادلة لتسييل الضمان . وتضع غرفة التجارة الدولية ذلك فى اعتبارها – وفقاً لمبادىء الأنصاف وحسن المعاملة – مستلزمة تقدم المستفيد على الأقل بطلب التسييل كتابة ، ومصحوباً بإقرار يبين فيه أن المدين قد أخل بالتزامه المضمون ، ويوضح الوجه الذى يعتبر أن أخلاله ذاك قد جاء عليه .

رابعاً - المطالبات

مادة (١٧) :

دون إخلال بأحكام المادة (١٠) عندما يتلقى الضامن مطالبة يبلغ بلا توان الملتزم الأصلى ، أو الطرف الآمر إذا كان ذلك وارداً . وفى هذه الحالة يتولى هذا الأخير إبلاغ المدين الأصلى .

مادة (١٨) :

يخفض المبلغ القابل للسداد بمقتضى الضمان بأى مقدار يدفعه الضامن تلبية لطلب مقدم وفقا لما هو منصوص عليه فى ذلك الضمان . وإذا ما استنفد المبلغ القابل للسداد تحت الضمان دفعاً أو تخفيضاً ، إنقضى الضمان بذلك ، سواء رد الضمان ، أو أى تعديل ادخل عليه ، للضامن أو لم يرد إليه .

مادة (١٩) :

تقدم المطالبة وفقاً لما هو منصوص عليه في الضمان ، قبل انقضائه ، أى فى التاريخ المحدد لانتهاء الضمان أو قبل ذلك التاريخ ، وقبل أى واقعة منهية للضمان على ما أوضحته المادة ٢٢ . وبوجه الخصوص ، فإن كافة المستندات المحددة فى الضمان من أجل المطالبة ، وأى بيان مستلزم بالمادة ٢٠ يجب أن يقدم إلى الضامن قبل إنقضاء الضمان وذلك بمكان إصداره ، وإلاً رفضت المطالبة من قبل الضامن .

مادة (٢٠) :

(أ) تكون المطالبة بدفع الضمان كتابة ، ومعززة * ببيان كتابى ** يقرر :

١ - أن المدين الأصلى قد خالف التزامه أو التزاماته المتفق عليها فى العقد الذى أبرام لأجله الضمان أو العقود التى أبرم لأجلها ، وفى حالة ضمان العطاء ، أن المدين الأصلى قد خالف شروط العطاء .

٢ - وجه المخالفة الواقعة من المدين الأصلى .

(ب) تكون المطالبة بدفع الضمان المقابل مدعمة ببيان كتابى بأن الضامن قد تلقى مطالبة بالسداد فى ظل الضمان وفقاً لشروط وأحكام هذه المادة .

(*) هذا بالإضافة إلى المستندات الأخرى التى قد تكون موضحة فى الضمان .

(**) سواء أدرج فى المطالبة ذاتها ، أو فى مستند مستقل ، أو مستندات مستقلة مصاحبة للمطالبة ومشار إليها فيها .

(جـ) تسرى الفقرة (أ) من هذه المادة فيما عدا ما ينص على استبعاده صراحة فى وثيقة الضمان . وتسرى الفقرة (ب) من هذه المادة فيما عدا ما ينص على استبعاده صراحة فى وثيقة الضمان المقابل .

(د) لا تأثير لهذه المادة على تطبيق المواد ٢ (ب) و ٢ (جـ) و ٩ و ١١

مادة (٢١) :

يرسل الضامن بلا ادنى تأخير مطالبة المستفيد وأى مستندات ملحقه بها إلى المدين الأصلى ، وكلما كان ذلك وارداً ، إلى الآمر بالضمان كى يتولى هذا الأخير إرسالها إلى المدين الأصلى .

خامساً - أحكام الإنقضاء

مادة (٢٢) :

يكون إنقضاء الأجل المحدد فى الضمان لتقديم المطالبات بتاريخ محدد بالتقويم الميلادى calendar date (ويطلق على هذا التاريخ « تاريخ الانقضاء » expiry date) أو بالتقدّم إلى الضامن بالمستند أو المستندات المحددة فى وثيقة الضمان لغرض الانقضاء (ويطلق على هذه الواقعة « واقعة الانقضاء » « expiry event ») فإذا نص فى الضمان على تاريخ وواقعة للانقضاء ، فإن الضمان ينقضى بتحقق أى منهما أولاً ، وذلك سواءً رد الضمان والمستندات المتصلة به أو لم يرد .

ويبين مما تقدم أن الضمان ينقضى لأحد سببين : إما حلول تاريخ معين لهذا الإنقضاء ، أو تقديم مستند أو مستندات يرتب تقديمها هذا الإنقضاء . وأى من هذين السببين يكفى دون الآخر لإنقضاء الضمان . وينص فى الضمان على أى من هذين السببين لإنقضاء الألتزام بالضمان . فإذا نص فى الضمان على السببين ، فإن أيا من هذين السببين يكفى عند تحققه لإنقضاء الضمان . هذا ، ويتحقق إنقضاء الضمان فى الحالين ، سواء أعيدت أوراق الضمان إلى الضامن أو لم تعد ، فإن هذه الأوراق بعد إنقضاء الإلتزام بالضمان على أى من الوضعين السابق بينهما تصبح غير مؤثرة قانوناً .

مادة (٣٣) :

بصرف النظر عن أى حكم من أحكام الانقضاء تضمنتها هذه الوثيقة ، يعتبر الضمان ملغيا cancelled بتقديم الضمان ذاته إلى الضامن أو تقديم إقرار مكتوب من المستفيد بابرائه منه written statement of release ، وسيان فى هذه الحالة الأخيرة أن يرد الضمان ، أو أى تعديل أدخل عليه ، أو لا يرد .

مادة (٣٤) :

عند إنتهاء الضمان guarantee has terminated سواء بالسداد أو الإنقضاء أو الإلغاء أو أى نحو آخر ، فإن إحتجاز وثيقة الضمان أو أى تعديل إدخل عليها لا يحفظ للمستفيد أى حق له فى ظل الضمان .

مادة (٣٥) :

عند علم الضامن باستنفاد الضمان سواء بالسداد أو الإنقضاء أو الإلغاء أو أى سبب آخر ، أو علمه بحدوث تخفيض للمبلغ الكلى القابل للدفع منه . يبلغ الضامن دون إبطاء المدين الأصلى بذلك . أو حيثما استلزم ذلك ، يبلغ الآمر بالضمان وفى هذه الحالة يتولى الآمر بالضمان ابلاغ الملتزم الأصلى .

مادة (٣٦) :

إذا طلب المستفيد مداً لصلاحية الضمان extention of the validity of the guarantee كبديل لمطالبة بالسداد مقدمة وفقاً لشروط وأوضاع الضمان وقواعد هذه الوثيقة ، يبلغ الضامن ذلك دون إبطاء إلى الطرف الذى أصدر إليه الأمر بالضمان وعندئذ يوقف الضامن دفع المطالبة suspend payment of the demanad المدة المناسبة للسماح للمدين الأصلى والمستفيد بالتوصل إلى إتفاق بشأن منح هذا المد ، وللسماح للمدين الأصلى بإتخاذ ما يلزم لإصدار مثل هذا المد .

وما لم يصدر المد خلال المدة الممنوحة على النحو الموضح بالفقرة السابقة يكون الضامن ملزماً بأن يدفع للمستفيد مطالبته المطابقة للضمان دون تطلب أى إجراء آخر من جانب المستفيد . ولا يتحمل الضامن أية مسئولية (عن فوائد أو غير ذلك) إذا تأخر السداد إلى المستفيد كنتيجة مترتبة على الإجراء المتقدم ذكره .

وحتى إذا وافق المدين الأصلى على هذا المد ، أو طلب مثل هذا المد ، فإنه لن يمنح إلا إذا وافق عليه الضامن والطرف الآمر بدورهما .

سادساً - القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص

مادة (٣٧) :

ما لم ينص على خلاف ذلك فى الضمان أو الضمان المقابل (ضمان الضمان) فإن القانون الذى يحكم أيهما هو قانون المركز الرئيسى لأعمال * الضامن أو الطرف الآمر (بحسب الأحوال) فإذا كان للضامن أو الطرف الآمر فروع لاعماله يكون القانون الواجب التطبيق قانون الفرع الذى أصدر الضمان أو الضمان المقابل .

مادة (٣٨) :

ما لم ينص على خلاف ذلك فى الضمان أو الضمان المقابل ، فأن أية منازعة تنشب بين الضامن والمستفيد بشأن الضمان ، أو بين الطرف الآمر والضامن بشأن الضمان المقابل ، يختص بالفصل فيها قضاء البلد الذى يتبعه موطن عمل** الضامن أو الطرف الآمر (بحسب الأحوال) فإذا كان للضامن أو للطرف الآمر أكثر من موطن عمل يكون الأختصاص لمحاكم البلد الذى يتبعه الفرع الذى أصدر الضمان

---

the place of business (*)

place of business (**)

أو الضمان المقابل .

* * * * *

ويجدر أن نلاحظ فى هذا المقام الفارق الكبيربين وثيقة من وثائق غرفة التجارة الدولية بباريس ، وبين وثيقة من وثائق اليونسيترال ، فإن وثائق الأونستيرال تنتهى فى أغلب الأحوال إلى أن تتخذ شكل اتفاقية دولية ملزمة للدول الموقعة عليها . ومن ثم تضحى أحكام هذه الأتفاقية جزءً مكملاً للنظام القانونى المطبق فى كل من تلك الدول*. أما وثائق غرفة التجارة الدولية بباريس فالقوة الملزمة لما تتضمنه من أحكام تظل على مستوى العلاقة التعاقدية التى تنص فى بنودها على إتفاق الطرفين على العمل بالأحكام التى تضمنتها الوثيقة . وعلى ذلك فإن هذه الأحكام تضحى جزءً لا يتجزأ من العقد المبرم بين طرفيه . ومن ثم إذا لم ينص صراحة فى العقد على العمل بأحكام وثيقة من وثائق الغرفة فإنه لا يكون ثمة محل لتطبيقها ، والرجوع إليها . فأحكام تلك الوثائق لا تكون ملزمة إلا فى الإطار وعلى المستوى التعاقدى . كما إنه إذا تضمن القانون الواجب التطبيق على المنازعة الناشئة عن العلاقة التعاقدية أحكاماً آمرة تنص على خلاف ما نصت عليه أحكام الوثيقة ، فإن هذه الأحكام لا يجوز تطبيقها لمخالفتها آنذاك للنظام العام فى البلد الذى يكون قانونها هو القانون واجب التطبيق ** .

ولهذا فإن أحكام « تأمين العقد » التى أوردها القانون النموذجى لاشتراء السلع والأنشاءات والخدمات الذى وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (يونستيرال) - والتى سنعرضها فى الفصل الخامس - تكون قدغطت جانباً من الجوانب التى إنصب عليها إنشغال غرفة التجارة الدولية بباريس فى وثيقتيها رقمى ٣٢٥ و ٤٥٨ المشار إليهما فى هذه الدراسة .

---

* وعلى سبيل المثال فى هذا المقام المادة ١٥١ من الدستور المصرى الحالى .

** راجع تقرير اليونسيترال بجلسة ٢٢ إبريل ١٩٨٨ فى هذا الشأن .

الفصل الخامس

تأمينات العطاء بين قانون اليونسيترال النموذجي والقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصات والمزيدات ولائحته التنفيذية

تمهيد :

على هذه الصفحات عن « تأمينات العطاء » TENDR SECURITIES نجرى مقارنة بين أحكام قانوننا المحلى وقانون اليونسيترال النموذجى لنستخلص ما يستدعى من هذه الأحكام التعديل فى ضوء القانون النموذجى إن كان لذلك مقتضى من ناحية ، ومن ناحية أخرى تأييد ما أورده نظامنا المحلى من أحكام تواكب ما توصل اليه القانون النموذجى ، ويجرى العمل بها لدينا منذ أحدى عشرة عاماً (١٩٨٣ إلى ١٩٩٤) ان لم يزد على ذلك بكثير فى ظل القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات والمزايدات السابق على القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والذى حل هذا القانون الأخير محله .

والمقصود « بالقانون النموذجى » الوثيقة التى وافقعت عليها « لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى » المعروفة « باليونسيترال » * فى دورتها السابعة والعشرين المنعقدة بنيويورك فى الفترة من ٣١ مايو إلى ١٧يونيه ١٩٩٤ بأسم «القانون النموذجى لاشتراء السلع والأنشاءات والخدمات »** ويشار إليها أيضاً « بالقانون النموذجى » .

(*) The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)

واليونسيترال جهاز من أجهزة الجمعية العامة التابعة للأمم المتحدة ، أنشىء لتنمية التناسق والتوحيد بين النظم فى مجال قانون التجارة الدولية ، وذلك بإزالة ما كان غير ضرورى من عقبات فى طريق التجارة الدولية يسببها القصور والتفاوت بين القوانين المحلية المؤثرة فى هذه التجارة . وطوال ربع قرن من الزمان لجأت اليونسيترال - التى تتألف عضويتها من دول منتمية إلى مختلف مناطق العالم ، وتتفاوت مستويات النمو الاقتصادى فيها - إلى تحقيق مهمتها بصياغة إتفاقيات دولية تطرح على الجمعية العامة للإمم المتحدة ، فإذا ووفق عليها إنفتح الطريق إلى التوحيد والتنسيق بين الأحكام الخاصة بشتى نواحى التجارة الدولية . وقد كان من هذه الأتفاقيات على سبيل المثال إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع ، وإتفاقية النقل البحرى للبضائع (قواعد هامبورج) وقانون الأونسيترال النموذجى بشأن التحكيم الدولى ، ودليل عقود البناء ، وغير ذلك من الوثائق .

(**) The UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services

ويجدر أن نشير فى هذا المقام إلى صعوبة الترجمة الدقيقة إلى العربية لكلمة procurement ونرى أن أنسب ترجمة لها هى « تجهيز المشروعات » وقد استخدمنا هذه الترجمة أكثر من مرة فى دراسات سابقة منشورة . على إننا وإن كنا نفضل هذه الترجمة على « المناقصات » بل وأيضاً على « الاشتراء » وهو الاصطلاح الذى استعملته اللجنة الدولية إلا إننا فى الدراسة الحالية نستعمل الترجمات الثلاثة على قدم المساواة ، للتعبير عن مدلول قانونى واحد بصفة عامة .

ومن المفيد أن نتصدى لبيان الاطار العام لهذه الوثيقة ، مع بيان مضمون أحكامها فى شأن « تأمينات العطاء » . ثم نتطرق أيضاً إلى بيان ما تضمنه القانون المصرى من أحكام بشأن هذه التأمينات أو بعبارة أخرى « ضمانات المزايدات والمناقصات » فالعطاءات يطلق عليها القانون المصرى « المزايدات والمناقصات » . وبعد ذلك نمضى إلى أجراء المقارنة بين أحكام القانون المصرى وأحكام قانون اليونسيترال النموذجى فى صدد هذا الموضوع .

ولهذا فاننا نقسم هذا الفصل إلى المباحث الثلاثة الآتية :

المبحث الأول : نخصصه **أولاً** لبيان الأطار العام لوثيقة اليونسيترال المذكورة . **ثانياً** لبيان مضمون أحكامها فى شأن « تأمينات العطاء » .

المبحث الثانى : نخصصه لاستعراض أحكام القانون المصرى فى شأن هذه التأمينات .

المبحث الثالث : نخصصه للمقارنة بين أحكام القانون النموذجى والقانون المصرى فى صدد مضوع « تأمينات العطاء » .

المبحث الأول : الأطار العام لقانون اليونسيترال النموذجى ومضمون احكامه فى شأن « تامينات العطاء » :

المطلب الأول : الأطار العام للقانون النموذجى :

أولاً : خلفية تاريخية عن قانون اليونسيترال النموذجى :

١ - وضع « القانون النموذجى » كى يستخدم من جانب الدول كنموذج لتقويم وتحديث قوانينها وممارساتها بشأن تجهيز المشروعات العامة وتزويدها بالسلع والأنشاءات والخدمات اللازمة لها (وهو ما يطلق عليه أيضاً لوائح المناقصات والمزايدات) كما وضع «القانون النموذجى» أيضاً للإسترشاد به فى إصدار التشريعات بهذا الخصوص حيث ليس لمثل هذه التشريعات فى بعض البلدان وجود بعد

وقد ألحق نص « القانون النموذجى » بتقرير الأونسيترال عن أعمال دورتها السابعة والعشرين وفى ذات الدورة صدقت اللجنة أيضاً على « دليل » إرشادى يرفق بذلك القانون ويستخدم فى مزيد من الفهم لما تضمنه القانون النموذجى من أحكام * .

أ - القانون النموذجى :

١ - وقد كان القرار الذى اتخذته اليونسيترال لصياغة تشريع نموذجى بشأن الاشتراء (المناقصات والمزايدات) استجابة لحقيقة مؤداها إنه فى عديد من البلاد يعتبر التشريع المعمول به بشأن الاشتراء (**) غير صالح للتطبيق ، أو عفا عليه الزمن بحيث يحتاج إلى التعديل. وهذا كله يفضى إلى عدم الفعالية والجدوى فى أجراءات تجهيز المشروعات العامة ، ومحاربة الأنحرافات ، كما يفضى إلى فشل الجهات العامة المشترية فى التحصل على السلع والأنشاءات والخدمات المناسبة فى مقابل انفاق الإعتمادات المالية العامة . وإذا كانت القوانين والممارسات الصالحة فى مجال تزويد المشروعات العامة بما هى فى حاجة إليه من سلع وإنشاءات ضرورية فى كافة البلاد ، إلا أن الحاجة إلى مثل هذه القوانين والممارسات الصالحة تزيد على الأخص فى عديد من البلدان الآخذة فى النمو، وكذلك فى بلدان تمر اقتصادياتها بمرحلة التحول . وفى هذه البلاد تتوجه الغالبية العظمى من عمليات اشتراء السلع والإنشاءات والخدمات إلى القطاعات الحكومية العامة . وكثير من هذه التجهيزات تتعلق بمشروعات هى جزء أساسى من برامج التنمية الاقتصادية والاجتماعية . وهذه البلاد تعانى على الأخص من عجز فى الإعتمادات المالية التى يمكن استخدامها فى الاشتراء . ولهذا كان أمراً على جانب كبير من الأهمية أن تجرى عمليات تجهيز هذه المشروعات على أكمل وجه يمكن من تحقيق الفائدة المرجوة لها . وتتعاظم الفائدة من « القانون النموذجى » فى

(*) اعتمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (يونسيترال) فى دورتها السابعة والعشرين القانون النموذجى لاشتراء السلع والإنشاءات والخدمات، دون ان تبطل به القانون النموذجى لاشتراء السلع والإنشاءات الذى اعتمدته فى دورتها السادسة والعشرين ، فالنص الحالى الموحد يتكون من الأحكام الواردة فى القانون النموذجى لاشتراء السلع والإنشاءات مضافاً إليها أحكام تتعلق باشتراء الخدمات واصدرت اللجنة أيضاً « الدليل التشريعى للقانون النموذجى لاشتراء السلع والانشاءات والخدمات » الذى وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (A/CN.9/403)

(**) يقصد بالاشتراء « اختيار السلع أو الأنشاءات أو الخدمات » (المادة ٢ من القانون النموذجى الخاصة بالتعاريف) .

دول تمر أنظمتها الاقتصادية بمرحلة تطوير ، ذلك أن إصلاح «نظام المناقصات العامة» يعتبر ركيزة هامة للإصلاحات القانونية المتخذة لزيادة الأتجاه نحو اقتصاديات السوق.

٢ – وفضلاً عن ذلك ، فإن « القانون النموذجي » قد يساعد في علاج المساوىء النابعة عن الأنظمة التشريعية غير السليمة للمناقصات العامة على المستوى المحلي مما يخلق عقبات في طريق التجارة الدولية . كما أن التفاوت بين الأنظمة القانونية الوطنية التي تحكم تجهيز المشروعات (المناقصات) قد يفضي إلى التضييق من إمكانية الحكومات في الحصول على أسعار تنافسية ومزايا الجودة المتاحة من خلال المناقصات الدولية ، أو بعبارة أخرى الحصول على أفضل السلع والأنشاءات والخدمات بأرخص الأسعار وأجود الأصناف من خلال المناقصة على أساس دولي . على أنه في الوقت ذاته ، تبدو قدرة الموردين والمقاولين واستعدادهم على البيع إلى حكومات أجنبيه معرقلة بحالة عدم الصلاحية ، والتفاوت التي تكون عليها تشريعات الاشتراء أو تجهيز المشروعات في عديد من بلدان العالم .

ب – الدليل :

١ – عند إعداد ثم إقرار « القانون النموذجي » ، وضعت اللجنة في اعتبارها أن القانون النموذجي سوف يكون أداة أكثر فعالية للدول من أجل عصرنة تشريعات الاشتراء (المناقصات والمزايدات) لديها ، متى زودت الأجهزة الحكومية والمجالس النيابية والتشريعية بدليل تفسيرى يساعدها على استعمال « القانون النموذجي » . وقد وضعت اللجنة في إعتبارها أيضاً إحتمال استخدام « القانون النموذجي » في عدد من الدول ذات الدراية المحدودة بأنماط المناقصات وإجراءاتها على ما وردت عليه في «القانون النموذجي» .

٢ – وتهدف المعلومات الموضحة بالدليل إلى شرح السبب في إدراج أحكام «القانون النموذجي» كحد أدنى وأساسي للسمات التي يجب أن يتحلى بها نظام قانوني محلي للمناقصات والمزايدات صمم لتحقيق الأهداف المبينة في ديباجة « القانون النموذجي » ومثل هذه المعلومات يمكن أن تساعد الدول أيضاً في ممارسة الخيارات المعروضة « بالقانون النونجي » ، وفي إعتبار أي هذه الخيارات ، إن كان ثمة خيارات ، توضع في الإعتبار بمراعاة بعض الظروف الوطنية الخاصة . وعلى سبيل المثال ، أدرجت بعض الخيارات بالنسبة لموضوعات من المتوقع أن تعالج

معالجات مختلفة من دولة إلى أخرى . كتعريف « الجهة القائمة بالاشتراء » الذى يتعلق بإطار تطبيق القانون النموذجى ، والحصول على موافقات مستويات أعلى بالنسبة لقرارات وإجراءات مفتاحية فى مسار المناقصة أو المزايدة ، وانتهاج أساليب للاشتراء غير المناقصة والمزايدة تستخدم فى حالات إستثنائية ، وتبيان صور ومعالجات متاحة فى إطار مراجعة الإجراءات . وفضلاً عن ذلك ، فقد وضع فى الإعتبار أن القانون النموذجى هو «إطار» لقانون يتيح هيكل أدنى من الأحكام الأساسية ، ويواجه إصدار لوائح المناقصات ، ومن ثم فإن الدليل يحدد ويناقش مجالات محتملة التنظيم بلائحة بدلاً من القانون .

ثانيا : السمات الأساسية للقانون النموذجى :

أ - أهداف القانون النموذجى :

إن أهداف « القانون النموذجى » تتضمن زيادة فعالية المنافسة ، وفقاً للمعاملة العادلة للموردين والمقاولين المتقدمين بعطاءاتهم لتجهيز المشروعات الحكومية ، وتعزيز الوضوح والموضوعية فى إجراءات المناقصات العامة . وهذه أمور أساسية لرعاية الاقتصادية والفعالية فى تجهيز المشروعات (المناقصات والمزايدات) والحد من الأساءات التى قد تشوب إجراءات ذلك التجهيز . ويتوقع واضعو القانون النموذجى أنه إذا أخذ تشريع دولة من الدول بالاحكام المبينة فى هذا القانون بشأن اشتراء السلع والأنشاءات والخدمات فإن هذه الدولة ستحقق مناخاً من الأطمئنان إلى أن الحكومة وهى تجرى مشترياتها إنما تنفق الإعتمادات العامة على نحو تلتزم فيه بالمسئولية . ومن ثم سيتأكد حصولها على القيمة العادلة ، كما سيتحقق مناخ ملائم من الثقة لدى الأطراف التى تعرض البيع على الحكومة بأنهم يحصلون على الثمن العادل لما يوردونه من سلع وما ينشئونه من أبنية وما يقدمونه من خدمات .

ب - نطاق القانون النموذجى :

١ - صمم « القانون النموذجى » ، على ما أقرته اليونسيترال فى دورتها السابعة والعشرين ، كى يطبق على مناقصات السلع والانشاءات والخدمات كافة التى تتولاها الجهات القائمة بالمناقصات فى الدول المطبقة للقانون النموذجى . (المادة ١ فقرة ١ من

القانون النموذجي) وعلى مستوى التطبيق ، تلقى أهداف القانون النموذجي أفضل تحقيق باتاحة أوسع تطبيق ممكن لأحكام ذلك القانون .

ومن ثم ، لئن تضمن « القانون النموذجي » نصاً بأستبعاد مشتريات قطاعي الدفاع والأمن القوميين من تطبيق أحكامة (المادة ١ فقرة ٢ - ١) فضلاً عن أمكان استبعاد قطاعات أخرى يشار إليها في قانون الدولة الآخذة بالقانون النموذجي أو في لوائح مناقصاتها (المادة ١ فقرة ٢ - ب) إلا إنه من أجل تيسير أوسع تطبيق للقانون النموذجي على مناقصات الحكومة ، نص في المادة ١ فقرة ٣ منه على أنه حتى وإن استبعدت هذه القطاعات ، فمن الممكن ، بحسب ما تقدره الجهة القائمة بالاشتراء وتفصح عنه في أوراق الدعوة إلى المناقصة ، أن تطبق قدر المستطاع القانون النموذجي على مناقصات هذه القطاعات .

٢ - ومن المهم أن نشير إلى أن المادة (٣) من القانون النموذجي قد أعلت من الألتزامات الدولية الملقاة على عاتق الدولة التي تتبع القانون النموذجي - أعلت تلك الألتزامات الدولية على أي التزام يقضي به القانون النموذجي في سبيل تطبيق القواعد التي تشترطها الحكومات الأجنبية أو الهيئات الدولية بالنسبة لمناقصات السلع والإنشاءات والخدمات اللازمة لتجهيز المشروعات الممولة منها (*) . على أنه مهما كان ذلك ، فإن القانون النموذجي يظل يلقى التطبيق فيما لم يرد بشأنه نص صريح يرتب على عاتق الدولة التزاماً دولياً .

وقد نصت المادة (٣) من القانون النموذجي على أنه إلى الحد الذي لا يتعارض فيه هذا القانون مع التزام على عاتق الدولة ناشيء عن (أ) معاهدة (ب) إتفاقية بينها وبين منظمة تمويل دولية أو منظمة تمويل من حكومة أجنبية أو أكثر (جـ) تعاهد بين حكومة اتحادية وبين ولاية أو أكثر من الولايات التي تتألف منها ، أو بين أثنين أو

(*) كما يحدث على سبيل المثال بالنسبة لإتفاقات القروض والمنح المبرمة مع حكومات أو هيئات تمويل أجنبية أو دولية . وتتضمن مثل هذه الإتفاقات للإفادة من التمويل الذي يتيحه القرض أو المنحة اشتراطات وإجراءات مبينة على وجه التحديد . وكذلك فإن التجمعات الاقتصادية الإقليمية تضمن لوائحها ، ومن ثم إتفــاقياتها ، موجهات بشأن المناقصات والمزايدات التي تجرى بتمويل منها .

أكثر من هذه الولايات – فإن متطلبات المعاهدة أو الإتفاقية سوف تسود وتعلو . على أنه فيما عدا ذلك ، فإن المناقصة تظل محكومة بهذا القانون النموذجي .

٣ – عنى « القانون النموذجي » ببيان الإجراءات التى يجدر أن تستخدم من قبل الجهات القائمة بالتجهيز فى أختيار المورد أو المقاول الذى سوف تدخل معه فى عقد تجهيز معين . ولم يستهدف القانون النموذجى مواجهة « مرحلة تنفيذ العقد » . وتبعاً لذلك ، فلا توجد فى القانون النموذجى أحكام عن موضوعات تثار فى مرحلة وضع العقد موضوع التنفيذ ، مثل إدارة العقد ، أو فض ما يثيره أداء العقد من منازعات ، أو إنهاء العقد . فقد ترك للدولة المطبقة للقانون النموذجى مهمة توفير القوانين واللوائح المناسبة للتعامل في مرحلة تنفيذ عقود اشتراء السلع والأنشاءات والخدمات .

ومصداقاً على ذلك لم يتضمن القانون النموذجى احكاماً تتعلق « بتأمين الدفعات المسبقة » فى حين نصت المادة ٢٥ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ على أنه « يجوز بموافقة السلطة المختصة صرف دفعات مقدمة تحت الحساب مقابل خطاب ضمان معتمد » (*).

كما لم يشر القانون النموذجى إلى ما إذا كان يجوز تخفيض المبلغ المحدد للمسئولية المعين فى الضمان بسبب أى تنفيذ جزئى للعقد ، وذلك إذا لم ينص على ذلك فى الضمان أو العقد (**).

(*) كما نصت المادة ٨٣ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٨٩٣ على أن يصرف للمقاول دفعات على الحساب تبعاً لتقدم الأعمال على النحو الآتى :

(أ) ٨٠٪ من القيمة المقررة للأعمال التى تمت فعلاً مطابقة للشروط والمواصفات ، وذلك من واقع الفئات الواردة بالجدول .

(ب) ٦٠٪ من القيمة المقررة للمواد التى وردها المقاول لاستعمالها فى العمل الدائم والتى يحتاجها العمل فعلاً بشرط أن تكون مطابقة للشروط وموافقاً عليها ، وأن تكون مشحونة بموقع العمل فى حالة جيدة بعد أجراء الجرد الفعلى اللازم ، وذلك من واقع فئات العقد .

(جـ) بعد تسلم الأعمال مؤقتاً تقوم جهة الأدارة بتحرير الكشوف الختامية بقيمة جميع الأعمال التى تمت فعلاً ، ويصرف للمقاول عقب ذلك مباشرة ما يستحقة بعد خصم المبالغ التى سبق صرفها على الحساب أو أية مبالغ أخرى مستحقة عليه .

(د) عند تسلم الأعمال نهائياً بعد مدة الضمان وتقديم المقاول المحضر الرسمى الدال على ذلك يسوى الحساب النهائى ، ويدفع للمقاول باقى حسابه بما فى ذلك التأمين النهائى أو ما تبقى منه .

(**) وعلى ذلك إذا انصرفت نية الأطراف إلى تخفيض مبلغ الضمان بواقع نسبة ما تم من تنفيذ تدريجى للعقد ، أو بأى نسبة أخرى ، فيتعين أن ينص على ذلك صراحة فى الضمان . ومن الجلى أيضاً ، أنه سوف يكون مرغوباً فيه أن يرد حكم بهذا المعنى فى العقد الذى يعطى بشأنه الضمان .

جـ - القانون النموذجى قانون هيكلى يكمل بلوائح تكفل حسن التنفيذ

بقى أن نشير إلى أمر على غاية من الأهمية بالنسبة لوضع القانون النموذجى موضع التنفيذ . وهذا الأمر يتعلق بطبيعة ذلك القانون ، فهو ذو طابع هيكلى ، أى أن ما فية أميل إلى أن يكون أحكاماً عامة ، إن لم تكن شديدة العمومية . ومن ثم مجرد موجهات أو مؤشرات لما يجب أن يكون عليه الوجه الأكمل لتجهيز المشروعات الحكومية ويقتضى الأمر إذن من الدول الأخذه فى تطبيق هذا النموذج أن تضع اللوائح التفصيلية لإدخال هذا القانون إلى حيز التنفيذ على ما تطلع إليه واضعو هذا القانون بصياغته على هيئة إطار نموذجى لموضوع يشغل التجارة الدولية وحسن تحقيقها لأغراضها .

وبعبارة أخرى ، فإنه يقصد بالقانون النموذجى تزويد الهيئات القائمة بالتجهيز (الاشتراء) فى مختلف الدول المعنية بكافة المبادىء والأصوليات اللازمة لتولى إجـــراءات التجهيز (المناقصة) على أكمل وجه مرتقب فى كافة الظروف التى يحتمل أن تواجهها . على أنه يجب ألا يغيب عن البال بأى حال أن القانون النموذجى ليس سوى إطار أو هيكل لا يتضمن بذاته كافة القواعد والترتيبات التى قد تكون لازمة لوضع تلك الإجراءات موضع التنفيذ فى الدولة المطبقة له . وتبعاً لذلك ، فإن القانون النموذجى يقتضى من الدولة المعنية بالتطبيق إصدار « لوائح الاشتراء » (لوائح المناقصات) المناسبة ، لتغطى بذلك تفاصيل الإجراءات التى يخولها القانون النموذجى، واضعة فى الاعتبار خصوصيات الظروف المتغيرة .

المطلب الثانى : مضمون احكام القانون النموذجى بشان تامينات العطاء :

أولاً : حاجة العطاء إلى التامينات :

قد تتعرض الجهة الداعية إلى المناقصة لخسائر ، إذا سحب الموردون أو مقاولو الأنشاءات عطاءاتهم ، أو إذا لم يتم التعاقد مع مورد أو مقاول رسا عليه العطاء ، وكان ذلك راجعاً إلى خطأ من جانبه (*)

ولهذا ، فقد خولت المادة ٣٢ من القانون النموذجى بشأن مناقصات السلع وأعمال البناء للجهة الداعية للمناقصة أن تستلزم من الموردين ومقاولى أعمال البناء المشاركين فى المناقصة أن يتقدم كل منهم بتأمين عطاءٍ لتغطية مثل هذه الخسائر أن حدثت من ناحية ، ولاثنائه عن التزامة (**) من ناحية أخرى .

وقد أدرجت فى المادة ٣٢ من القانون النموذجى ما يكفل أن يكون تطلُّب تأمين العطاء على نحو فيه نصفة وأعتدال من ناحية ، ومحققا للغرض المستهدف من ناحية أخرى ويتمثل هذا الغرض فى (أ) التزام كل من الموردين والمقاولين بالدخول فى عقد تجهيز المشروع العام على أساس من العطاء الذى تقدم به و (ب) أن يبادر إلى تقديم « تأمين الأداء » للعقد الذى رسا عليه لو كان مطالباً بذلك .

(*) ففى هذه الأحوال ، قد تتحمل الجهة الداعية إلى المناقصة على سبيل المثال تكاليف أجراء المناقصة الجديدة ، والخسائر الراجعة إلى التأخر فى تلقى السلع والأنشاءات المطلوبة (دليل اليونسيترال للقانون النموذجى على ما صاغته اللجنة فى دورتها السابعة والعشرين ص ٤٣) .

(**) على أن الجهات الداعية للمناقصة ليست مطالبة بأن تستلزم « تأمين العطاء » هذا بالنسبة لكافة ما تجرية من مناقصات . ولا تكون تأمينات العطاءات ذات شأن عادةً إلا إذا كان محل المناقصة إنشاءات أو بضائع مرتفعة القيمة . أما فى مناقصات السلع منخفضة القيمة – رغم أنه قد تكون من الجدير تطلب تأمين عطاء بشأنها فى بعض الأحوال – فإن المخاطر التى تواجهها الجهة الداعية للمناقصة فى مثل هذه المناقصات ، والخسائر المتوقعة عادةً ما تكون خفيفة ، بينما يكون تطلب العطاء فى مثل هذه الحالة سبباً فى أرتفاع سعر العقد الذى تنعكس عليه تكلفة تقديم تأمين العطاء ، إذ أن تلك التكلفة سوف تكون داخلة فى تقدير ذلك اسعر . (الدليل – ص ٤٣) .

ثانياً : تأمينات العطاء الصادرة من مؤسسة تأمينية غير محلية:

وقد أدرجت الفقرة ١ (حـ) من المادة ٣٢ من القانون النموذجي لازالة العقبات غير الضرورية التى تقف فى وجه اشتراك الموردين والمقاولين الأجانب لو كانوا ملزمين بتقديم تأمينات صادرة عن مؤسسات فى البلد المستلزمة لهذه القيود . فنصت الفقرة المذكورة على أن الجهة الداعية إلى المناقصة لن ترفض تأمين عطاء بحجة أن مصدر تأمين العطاء ليس مقيماً بدولتها ، مادام قد استوفى تأمين العطاء ، ومصدر هذا التأمين ، الشروط التى تضمنتها وثائق المناقصة .

وعلى أى حال ، فإن ثمة لغة تخييرية فى نهاية الفقرة (١- حـ) تتيح المرونة فى مقام هذه الخصوصية للجهات الداعية للمناقصة فى دول يعتبر قبول تأمين عطاء صادر عن مؤسسة تأمينية غير محلية منافيا للقانون الوطنى . وقد جرت هذه اللغة التخييرية بتحفظ مؤداه أن الجهة الداعية للمناقصة لن ترفض تأمين العطاء بحجة أن مصدر التأمين ليس مقيماً بدولتها ، ما لم يكن قبول الجهة الداعية للمناقصة لمثل تأمين العطاء هذا فيه مخالفة لقانون من قوانين هذه الدولة .

وأشار الدليل فى صدد التفسير للمادة ٣٢ من القانون النموذجى إلى أنه يقصد بتعزيز تأمين العطاء أن يوضع فى الاعتبار ما هو متبع فى بعض الدول من تطلب « تعزيز محلى » لتأمين العطاء إذا ما كان التأمين صادراً من مؤسسة بالخارج . على أن الأشارة إلى مثل هذه الممارسة ليس مقصوداً بها تشجيعها فى المناقصات الدولية . وبخاصة أن استلزام « تعزيز محلى » قد يضع عقبة أمام تقديم موردين ومقاولين أجانب بعطاءاتهم والسير فيها (*) .

ولكى يكون المتقدم إلى المناقصة على بينة من أمره ، ومما سيكون موقف الجهة الداعية للمناقصة من قبول التأمينات المقدمة منه نصت الفقرة ١ - د من المادة ٣٢ من القانون النموذجى على أنه « قبل التقدم بعطاء ، يجوز للمورد أو المقاول أن يطلب من

(*) وعلى سبيل المثال صعوبات الحصول على التعزيز المحلى قبل انقضاء الأجل المحدد لتقديم العطاءات ، فضلاً عما يقتضيه ذلك من تكاليف إضافية على عاتق الموردين ومقاولى البناء الأجانب (الدليل - ص ٤٣) .

الجهة الداعية للمناقصة (المشترية) أن « تصدق على مقبولية مصدر مقترح لضمان العطاء أو على مقبولية مصدق مقترح ، إذا كان مطلوباً . وعلى الجهة المشترية أن ترد على الطلب على الفور » .

على أن الموافقة على قبول المصدر أو المعزز (المصدق) المقترح لتأمين العطاء – على حدما نصت عليه الفقرة ١ – هـ من المادة ٣٢ من القانون النموذجي – لا يصادر حق الجهة الداعية للمناقصة في رفض تأمين العطاء ، إذا كان هذا المصدر أو المعزز بحسب الأحوال قد لحقه إعسار أو زايلته الثقة الأئتمانية الواجبة .

ثالثا : شروط تأمين العطاء توضحها أوراق الدعوة للمناقصة :

ولزيادة في الوضوح ، وتفادياً لكل لبس نصت الفقرة (ا – و) من المادة ٣٢ من القانون النموذجي على أن تحدد الجهة الداعية إلى المناقصة في أوراق الدعوة إلى المناقصة أي متطلبات تتعلق بتأمين العطاء ، سواءً من حيث مصدره ، وطبيعته ، وشكله ، ومبلغه ، وغير ذلك من شروط أساسية متطلبة .

كما نصت المادة ٣٢ المذكورة في الفقرة (١ – ب) منها على أنه عندما تشترط الجهة الداعية إلى المناقصة على الموردين والمقاولين المتقدمين بعطاءاتهم أن يتقدموا بتأمين عطاء فإن .. وثائق المناقصة تنص على أن مصدر تأمين العطاء والمعزز له – إذا كان له وجود – وكذلك شكل التأمين واشتراطاته يجب أن يكون كل ذلك مقبولاً من الجهة الداعية إلى المناقصة .

وعلى ذلك فإن تأمين العطاء بحسب أحكام القانون النموذجي هو (١) تأمين تتطلبه الجهة الداعية إلى المناقصة (٢) وتنص عليه في أوراق الدعوة إلى المناقصة (٣) وتبين ما تتطلبه من شروط وأوضاع في هذا التأمين ، سواءً من حيث طبيعته ، أو شكله ، أو مبلغه ، أو مصدره ، أو غير ذلك من شروط أساسية ترى الجهة الداعية إلى المناقصة لزومها كي يكون التأمين محققاً لأغراضه من ناحيتها ، وهو كفالة سلامة الأجراءات التي تسير بها المناقصة أيفاءً لحسن اختيار الجهة الداعية إلى المناقصة للمورد أو المقاول المنتظر إبرام التعاقد معه ، وصلاحيته للمضي في تنفيذ العقد المحقق لتجهيز المشروع العام المستهدف بالمناقصة (٤) وإذ ينص في وثائق

المناقصة على اشتراطات تأمين العطاء ، فإن مناد ذلك ارتضاء جهة الإدارة للتأمين إذا ما جاء مستوفياً لهذه الشروط من ناحية وحقها فى عدم أرتضائه واستبعاد العطاء المقدم ممن لم يستوف تأمين عطائه هذه الشروط من ناحية أخرى .

وصفوة القول أن شروط التأمين تضعها الجهة الداعية للتأمين عن اقتناع بها ، وتوضحها فى أوراق الدعوة للمناقصة ، فإذا تقدم مورد أو مقاول بعطائه ، فيتعين عليه الألتزام بتقديم تأمين عطائه بالشروط والأوضاع التى اعلنتها أوراق الدعوة إلى المناقصة .

رابعاً : شرط المساواة فى المعاملة :

وقد أضافت الفقرة (١) من المادة ٣٢ بشأن تأمينات العطاء أنه عندما تشترط الجهة الداعية للمناقصة على الموردين ومقاولى البناء المتقدمين بعطائاتهم أن يتقدموا بتأمين عطاء فإن الاشتراط سيطبق على كافة هؤلاء الموردين والمقاولين .

فشرط المساواة فى المعاملة هذا قيد تلتزم به الجهة الداعية إلى المناقصة ، وفى التزامها به مع بقاء إرادتها حرة فى وضع الشروط التى تتطلبها فى تأمين العطاء ، ما يكفل الثقة فيها وفى سلامة إجراءاتها من قلبل المتقدمين بعطاء انهم إلى المناقصة التى تدعو إليها .

وهكذا يضمن القانون النموذجى للمناقصات العامة أن يتحقق التوازن المستهدف بين طرفى العلاقة التى تقوم عليها تلك المناقصات التى عنى قانون اليونستيرال من خلال أحكام القانون النموذجى بتنظيمها ، بما يفضى إلى الفعالية والجدوى فى أجراءات اشتراء السلع والإنشاءات والخدمات ومن ثم تجهيز المشروعات العامة .

خامساً : عدم احتجاز التأمين أو مصادرته دون مقتض :

وقد جاءت الفقرة (٢) من المادة ٣٢ من القانون النموذجى ناصة على أنه عند تقدم المورد أو المقاول بتأمين عطاء للاشتراك فى المناقصة ، فإنه يجب على الجهة الداعية للمناقصة عدم الأدعاء بأى حق احتجاز على مبلغ التأمين ، وسرعة رد – أو العمل على سرعة رد – وثيقة التأمين فور تحقق أى مما يلى :

أ - انقضاء الأجل الذى حددته وثيقة تأمين العطاء لسريانه .

ب - دخول العقد الذى أجريت المناقصة بشأنه إلى حيز التنفيذ ، وتقديم المتناقص الذى رست عليه المناقصة للتأمين التنفيذى ، متى كان مثل هذا التأمين متطلباً فى أوراق الدعوة إلى المناقصة .

حـ - إنتهاء اجراءات المناقصة دون الأقدام على أى أبرام للعقد المتناقص عليه .

د - سحب العطاء قبل الموعد النهائى لتقديم العطاءات ، ما لم يكن مثل هذا السحب غير جائز بحسب نص أوراق الدعوة إلى المناقصة .

وقد أضيفت الفقرة (٢) - بحسب ما أورده « الدليل » بصفحة ٤٣ منه - من أجل توفير الوضوح واليقينية بالنسبة للمدة التى يجوز للجهة الداعية للمناقصة عدم قبول أى طلب من مقدم عطاء بشأن سحب تأمين عطائه . فلمقدم هذا التأمين أن يسترد ما قدمه من تأمين ، دون جواز منازعة الجهة الداعية للمناقصة له فى ذلك ، فى الحالات الأربعة التى عددتها الفقرة (٢) من المادة ٣٢ من القانون النموذجى .

وبالإضافة إلى عدم اعتبار احتجاز المستفيد (الجهة الداعية للمناقصة) سند التأمين بعد فوات تاريخ الضمان تمديداً لفترة صلاحية تأمين العطاء ، فإن مطلب رد التأمين يعتبر ذا أهمية خاصة فى حالة ما أن تكون الضمانة فى شكل مبلغ نقدى أو فى بعض اشكال أخرى مماثلة . ويعتبر الأيضاح فى هذا المقام مفيداً أيضاً ، مادامت قوانين بعض الدول لازالت - على غير ما هو مأمول بصفة عامة - تجيز للمستفيد المطالبة بتسييل قيمة الضمانة حتى بعد فوات ميعاد الصلاحية .

على أنه حتى بمقتتضى أحكام القانون النموذجى (المادة ٣١ - ٣) فإنه يجوز للجهة الداعية للمناقصة أن تورد ، بموجب نص صريح فى أوراق الدعوة إلى المناقصة، استثناء من القاعدة العامة التى تقضى بجواز سحب أو تعديل العطاء قبل آخر ميعاد لتقديم العطاءات دون أن يستوجب ذلك السحب أو التعديل اثارة حق الجهة الداعية للمناقصة فى مصادرة تأمين العطاء .

وقد أورد القانون النموذجى بشأن مدة صلاحية العطاءات ومدى جواز تعديلها وسحبها المادة ٣١ وتنص على ما يلى :

١ - تظل العطاءات سارية طوال الفترة الزمنية المحددة فى أوراق الدعوة إلى المناقصة .

٢ - (أ) قبل انتهاء فترة سريان العطاءات ، يجوز للجهة الداعية إلى المناقصة أن تطلب من الموردين ومقاولى أعمال البناء أن يمدوا فترة سريان عطاءاتهم إلى فترة زمنية إضافية محددة .

ويجوز لأى مورد أو مقاول أن يرفض هذا الطلب ، دون أن يؤدى ذلك إلى مصادرة تأمين عطائه ، وتنتهى صلاحية عطائه بإنتهاء فترة السريان التى لم تمد .

(ب) الموردون أو المقاولون الذين يوافقون على مد فترة سريان عطاءاتهم يمدون فترة صلاحية تأمينات عطاءاتهم أو يسمحون بذلك ، أو يقدمون تأمينات جديدة لتغطية الفترة التى امتد إليها سريان عطاءاتهم . ويعتبر المورد أو المقاول الذى لم تمد فترة سريان تأمينه ، أو لم يقدم تأميناً جديداً لعطائه رافضاً طلب مد فترة صلاحية عطائه .

٣ - ما لم ينص على غير ذلك فى أوراق الدعوة إلى المناقصة يجوز للمورد أو المقاول أن يعدل أو يسحب عطاءه قبل حلول نهاية الأجل المحدد لتقديم العطاءات ، دون أن يؤدى ذلك إلى مصادرة تأمين عطائه . ويكون التعديل أو الأخطار بالسحب منتجاً لأثارة متى تلقته الجهة الداعية للمناقصة قبل تاريخ نهاية الأجل المحدد لتقديم العطاءات .

وبالرجوع إلى ما أورده « الدليل » على ما جاء بالمادة ٣١ من القانون النموذجى الذى وضعته اليونسيترال بشأن تجهيز المشروعات نجد أن الدليل يفيد بأن هذه المادة قد جاءت بصدد « مدة سريان العطاءات ، ومدى جواز تعديل العطاءات أو سحبها بعد تقديمها وأثناء مدة سريانها » وقد أورد « الدليل » المذكور أن الفقرة (ب) من المادة ٣١ المذكورة قد وضعت لتمكين الجهة الداعية للمناقصة من معالجة الحالات التى يتأخر فيها البت فى العطاءات من ناحيتها . وذلك بأن يكون لتلك الجهة أن تطلب مد فترة صلاحية العطاءات . وليس لهذا الطلب أية صفة اجبارية على الموردين والمقاولين ، وذلك لتفادى إرغامهم على البقاء ملتزمين بعطاءاتهم لمدد طويلة لم تكن فى الحسبان ، وهى مخاطرة قد تجعل الموردين يحجمون أصلاً عن التقدم بعطاءاتهم ، وكذلك فإنه من أجل

عدم إطالة الحماية المكفولة بتأمين العطاء ، فإن المورد أو المقاول الذى ينكص عن مد الضمانة أو تقديم ضمانة تغطى المدة التى يمد لها سريان العطاء ، يعتبر بمقتضى أحكام المادة ٣١ فقرة (٣) وكأنه قد رفض مد سريان عطائه . أى أن امتناع استمرار التزام مقدم العطاء بعطائه المدة التى طلبت الجهة الداعية للمناقصة مدها إليها ، إما أن يكون برفضه طلب تلك الجهة بمد سريان مدة العطاء ، أو برفضه تمديد مدة سريان تأمين عطائه .

٤ - ولن يكون للجهة طالبة المناقصة ، طبقاً لأحكام الفقرة (و) من المادة ٣٢ من القانون النموذجى أى حقوق مباشرة أو غير مباشرة بمصادرة ما قدمه المورد أو المقاول من تأمين عطاء ألا فى الأحوال الآتية :

(أ) سحب أو تعديل العطاء بعد الميعاد النهائى لتقديم العطاءات أو قبل الميعاد النهائى لو نص فى أوراق الدعوة إلى المناقصة على ذلك .

(ب) عدم توقيع المتناقص العقد الذى رست مناقصته عليه ، لو كان هذا التوقيع متطلباً من الجهة الداعية للمناقصة .

(جـ) عدم تقديم المتناقص التأمين المتطلب لتنفيذ العقد ، بعد قبول عطائه ، أو عدم التزامه بأى من الشروط الأخرى المتطلبة لإبرام العقد المتناقص عليه ، على ما هو مبين فى أوراق الدعوة إلى المناقصة .

سادساً : تعريفات :

(تأمين العطاء - الاشتراء - السلع - الإنشاءات - الخدمات - الهيئة الداعية للمناقصة) .

- وقد عرفت الفقرة (و) من المادة ٢ من القانون النموذجى لاشتراء السلع والأنشاءات والخدمات « تأمين العطاء » بأنه تأمين مقدم إلى الجهة الداعية للمناقصة ، لضمان الوفاء بأى التزام مشار إليه فى المادة ٣٢ (١ - و) ويشمل ذلك ترتيبات مختلفة من بينها الكفالات المصرفية وسندات الضمان وخطابات الاعتماد الضامنة

والشيكات التى يتحمل أحد المصارف المسئولية الأولى عن صرفها والودائع النقدية والسندات الأذنية والسفاتج (الكمبيالات) .

– ومن المصطلحات التى عنيت المادة ٢ (فقرة ١ – ب) من القانون النموذجى بالنص عليها « الاشتراء » procurement وتعرفه بأنه « احتياز السلع والأنشاءات أو الخدمات بأى وسيلة » (*) .

– كما أوضحت الفقرة (ج) من المادة ٢ « السلع » المتناقص عليها مبينة أن هذه السلع تتضمن « الأشياء من كل صنف ووصف ، بما فى ذلك المواد الخام والمنتجات والمعدات والأشياء التى تكون على هيئة جامدة أو سائلة أو غازية ، والكهرباء . وكذلك الخدمات التبعية التى تصحب توريد السلع إذا كانت قيمة هذه الخدمات التبعية لا تتجاوز قيمة السلع نفسها » (**)

ـ أما الإنشاءات » فيقصد بها « جميع الأعمال المرتبطة بتشييد المبانى أو الهياكل أو المنشئات أو بإعادة إنشائها أو بهدمها أو ترميمها أو تجديدها كتهيئة الموقع ، والحفر ، والتشييد ، والبناء ، وتركيب المعدات أو المواد ، والزخرفة ، والتشطيب ، وكذلك الخدمات التبعية التى تصحب التشييد مثل الثقب ورسم الخرائط والتصوير بالسائل والاستقصاءات السيزمية ، وما إلى ذلك من الخدمات التى تقدم بناءً على عقد الاشتراء . إذا كانت قيمة هذه الخدمات لا تتجاوز قيمة الإنشاءات نفسها .

– وعرفت الفقرة (هـ) من المادة (٢) من القانون النموذجى « الخدمات» بأنها « أى شيء للاشتراء غير السلع أو الإنشاءات » (***) .

(*) كما نصت الفقرة (ز) من المادة ٢ المذكورة على أنه يقصد بمصطلح « عقد الأشتراء » procurement contract « عقد بين الجهة المشترية ومورد أو متعاقد نتيجة لإجراءات الاشتراء » .

(**) ويجوز للدولة (المشرعة) أن تدرج فئات أخرى من السلع (فقرة ج من المادة ٢ من القانون النموذجى) .

(***) واضافت الفقرة (هـ) المذكورة فى تعريفها « للخدمات » – كما سبق أن فعلت الفقرة (ج) بشأن « السلع » – أنه « يجوز للدولة (المشرعة أن تحدد اشياءً معينة تقرر معاملتها كخدمات ».

– وقد عنى القانون النموذجى فضلاً عن ذلك فى المادة ، ٢ (ب) بتعريف « الهيئة الداعية إلى المناقصة » ملقياً بذلك مزيداً من الإيضاح على نطاق تطبيق أحكام ذلك القانون ، وذلك بأن عرف تلك الهيئة أو الجهة بأنها أى إدارة أو جهاز أو هيئة حكومية ، أو أى وحدة أخرى من وحدات الحكومة ، أو أى فرع أو شعبة لما تقدم ، وذلك أيضاً بمراعاة ما استثنى من اعتباره كذلك . وقد اجاز النص المذكور للدولة القائمة بالاشتراء أو التجهيز أن تدرج فى تعريف الهيئة القائمة بالتجهيز أى جهات أو مؤسسات أخرى أوفئات منها .

وهكذا أرشدنا هذا التعريف للهيئة القائمة بالتجهيز أو الداعية إلى المناقصة إلى أن الأحكام التى يعنيها القانون النموذجى بالنظر إلى النظام القانونى المصرى هى أحكام القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بشأن المناقصات والمزايدات ، وهو القانون الذى يحكم المناقصات والمزايدات التى تتولاها مختلف إدارات الحكومة المركزية والمحلية ومصالحها وأجهزتها وهيئاتها للحصول على مستلزمات المشروعات العامة القائمة عليها من سلع وإنشاءات وخدمات .

المبحث الثانى : جوانب التنظيم القانونى المصرى لتأمين العقد الإدارى :

تمهيد :

أوضحنا فيما تقدم الأحكام الخاصة بتأمينات العطاء التى أوردها القانون النموذجى للمناقصات . وتعتبر هذه الأحكام بذلك أحدث الأحكام التى وضعتها وثيقة دولية بشأن تجهيز المشروعات العامة .

وقد أوضحنا فيما تقدم أيضاً ما الذى استهدفته لجنة قانون التجارة الدولية (اليونسيترال) بالقانون النموذجى الذى أقرته مؤخراً فى دورتها السابعة والعشرين (نيويورك ، ٣١ مايو – ١٧ يونية ١٩٩٤) وما الذى جعلها ايضاً تعنى بإقرار دليل لهذا القانون النموذجى فى ذات الدورة .

وقد توضح أن القانون النموذجى إنما استهدف مراجعة الدول لقوانينها ولوائحها بشأن المناقصات والمزايدات ، كلما كان لتلك الدول مثل هذه القوانين واللوائح .

وعلى ضوء التعريف الذى أورده القانون النموذجى فى الفقرة ب من المادة ٢ منه للجهة الداعية إلى المناقصة ، فقد بأن أن القانون النموذجى المذكور إنما يدعونا إلى مراجعة أحكام القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية الصادرة بقرارمن وزير المالية برقم ٥٧ السنة ١٩٨٣ .

ونمضى فى هذا المبحث إلى استجلاء سريع لأحكام القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية بصدد الموضوع الذى آلينا أن ندرسه وهو موضوع « تأمينات العطاء » . وذلك قبل أن نتصدى فى المبحث الثالث لإجراء المقارنة بين أحكام قانوننا المحلى ، والقانون النموذجى لنستخلص ما يستدعى من هذه الأحكام إلى تعديل فى ضوء القانون النموذجى .

ويمكن التأمل فى أحكام تأمين العقد الإدارى التى وردت فى مواد قانون المناقصات والمزايدات رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحتة التنفيذية ، وإيجاز عرضها فى الآتى:

أولاً : التامين المؤقت أوالإبتدائى :

- مبلغ التامين المؤقت :

يجب أن يقدم مع كل عطاء تأمين مؤقت . وهذا التأمين لا يقل عن ١٪ من مجموع قيمة العطاء فى مقاولات الأعمال ، ولا يقل عن ٢٪ من قيمة العطاء فيما عدا ذلك (*) .

- الحكمة من التامين المؤقت :

وقد اشترط هذا التأمين « ضماناً لجدية مساهمة مقدم العطاء فى المناقصة ، ولسلامة قصده فى تنفيذ العقد حال رسو العطاء عليه ، ولتفادى مساهمة كل من تحدثه نفسه بالأنصراف عن العملية إذا مارسا عطاؤها عليه » (**) .

ـ مصير التامين المؤقت :

أ – إذا قبل العطاء ، فعلى مقدمه أن يكمله ليساوى قيمة التأمين النهائى .

ب – إذا تمت المناقصة ولم يقبل العطاء كان لمقدم العطاء الذى لم يقبل عطاؤه استرداد التأمين الذى تقدم به لعطائه . وكذلك إذا انقضت المدة المحددة لسريان

(*) المادة ١٩ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ .

(**) حكم محكمة القضاء الإدارى – ق ١٤٠٨ لسنة ١٠ ق – جلسة ١٩٥٧/٢/٢٤ .

العطاءات دون أن تبت فيها جهة الإدارة الداعية إلى المناقصة جاز استرداد التأمين الإبتدائى المقدم (*) .

ويرد التأمين المؤقت إلى أصحاب العطاءات غير المقبولة بغير توقف على طلب منهم ، سواءً كان هذا التأمين نقداً أو بشيك أو بخطاب ضمان وذلك خلال مدة لا تجاوز سبعة أيام عمل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاء أو قبل ذلك إذا تم تحصيل التأمين النهائى من صاحب العطاء المقبول (**) .

حـ – إذا سحب مقدم العطاء عطاءه قبل الميعاد المحدد لفتح المظاريف ، وكذلك إذا رست عليه المناقصة ورفض دفع التأمين النهائى ، أصبح التأمين المؤقت من حق الجهة الإدارية ، وهى فى هذا المقام تصادره دون حاجة إلى إنذار أو التجاء إلى القضاء أو اتخاذ أية أجراءات أخرى ، وبدون حاجة لإثبات حدوث ضرر (***) ، إذ أن التأمين المؤقت يعتبر ضرباً من التعويض قد عجل مقداره ، وينطوى على تحديد جزافى لما يستحق عند التخلف عن ابقاء العطاء قائماً من غير سحب طوال المدة المتفق عليها (****) .

وعلى ذلك : أ – يلتزم مقدم العطاء بمجرد تقديم عطائه .

ب – وبمقتضى أحكام المادة ٥٧ من اللائحة التنفيذية يبقى العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت إصداره بمعرفة مقدم العطاء بغض النظر عن ميعاد استلامه بمعرفة جهة الإدارة حتى نهاية مدة سريان العطاء المعينة باستمارة العطاء المرافقة للشروط .

جـ – وإذا سحب مقدم العطاء عطاءه قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف ، يصبح التأمين المؤقت المودع بمقتضى أحكام المادة ٥٨ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩

(*) المادة ٥٨ فقرة ٢ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩ لسنة ١٩٨٣ .

(**) المادة ٧١ فقرة ١ من اللائحة النفيذية للقانون ٩ لسنة ١٩٨٣ .

(***) المادة ٥٨ فقرة ١ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩ لسنة ١٩٨٣ .

(****) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ١٤٠٨ لسنة ١٠ ق بجلسة ١٩٥٧/٢/٢٤ وفى الدعوى رقم ٦٦٢ لسنة ١٠ ق بجلسة ١٩٥٧/٤/٧

لسنة ١٩٨٣ حقاً لجهة الإدارة دون حاجة إلى انذار أو التجاء إلى القضاء أو اتخاذ أية أجراءات أو اقامة الدليل على حصول ضرر .

وعلى ذلك فإن مقدم العطاء يلتزم بعطائه ، ومن ثم يلتزم بتأمين عطائه ، منذ تقديمه إلى جهة الإدارة الداعية للمناقصة إلى حين البت فيه من جانبها . فإذا عدل عن عطائه قبل التاريخ المحدد لفتح المظاريف فقد التأمين المؤقت الذى أودعه . ولكن التزام المتناقص بعطائه يعنى أنه لا يملك أن يعدل أسعاره بالزيادة ، ولكنه يملك أن يعدل اسعاره بالتخفيض دون أن يكون ثمة نص يجيز له ذلك . وفى حالة التعديل بالتخفيض لا يفقد المتناقص التأمين المؤقت (*) .

ومن ناحية أخرى ، فإن على جهة الإدارة الداعية إلى المناقصة أن تبادر إلى البت فى العطاءات خلال الفترة المحددة لسريانها . فإذا انقضت هذه الفترة يجوز لمقدم العطاء استراد التأمين المؤقت الذى أودعه وبذلك يزول عطاؤه ، ويضحى غير ملزم له .

فإذا طلبت جهة الإدارة الداعية إلى المناقصة مهلة جديدة تبقى فيها العطاءات سارية المفعول حتى تجرى البت فى المناقصة ، فعندئذ من قبل من المتقدمين بعطاءاتهم هذا المد ظل ملتزماً بعطائه وتأمينه طول هذه المدة الجديدة . ومن رفض منهم استمرار سريان عطائه لمدة إضافية زال التزامه بالتأمين المؤقت وحق له استرداده .

أما من لم يطلب الغاء تأمينه ، فقد نصت المادة ٥٨ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ على التزام مقدم العطاء الذى لم يتقدم لسحب التأمين المؤقت بعطائه .

ثانياً : التأمين النهائى :

اداء التأمين النهائى :

– على صاحب العطاء المقبول أن يودع – فى فترة لا تجاوز عشرة أيام تبدأ من تاريخ اليوم التالى لإخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه – ما يكمل التأمين المؤقت إلى ما يساوى ٥٪ من قيمة مقاولات الأعمال التى رست عليه و ١٠٪ من قيمة العقود الأخرى .

(*) د . سليمان الطماوى – الأسس العامة للعقود الإدارية – الطبعة الرابعة ١٩٨٤ ص ٢٥١ .

– وبالنسبة للعقود التى تبرم مع متعاقد فى الخارج يكون إيداع هذا التأمين فى فترة لا تجاوز عشرين يوماً .

– ويجوز بموافقة السلطة المختصة مد المهلة المحددة لإيداع التأمين النهائى بما لا يجاوز عشرة أيام .

– ويكون التأمين النهائى ضامناً تنفيذ العقد (*) .

خفض التأمين النهائى :

فيما عدا مقاولات الأعمال ، يجوز بقرار مسبب من السلطة المختصة ، خفض التأمين النهائى فى الحدود التى تقدرها بحيث لا يزيد الخفض على ٥٠٪ من قيمة التأمين ، على أن يتضمن الإعلان عن المناقصة قيمة التأمين فى هذه الحالة (**) .

الإعفاء من التأمين النهائى :

ولا يحصل التأمين النهائى إذا قام صاحب العطاء المقبول بتوريد جميع الأصناف التى رسا عليه توريدها وقبلتها الجهة الإدارية المتعاقدة نهائياً خلال المدة المحددة الإيداع التأمين النهائى (***) .

أما إذا كان التوريد المقبول عن جزء من الأصناف التى رسا على صاحب العطاء المقبول توريدها ، وكان ثمن هذا الجزء يكفى لتغطية قيمة التأمين النهائى فيخصم من ثمن الجزء المورد ما يعادل قيمة هذا التأمين من مجموع قيمة العطاء ، ويحتفظ به لدى الجهة المتعاقدة بمثابة تأمين نهائى حتى تمام تنفيذ العقد (****) .

– جزاء عدم اداء التأمين النهائى :

إذا لم يقم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائى الواجب ايداعه فى المدة المحددة له فيجوز للجهة المتعاقدة بموجب أخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ،

(*) المادة ٢٠ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ .

(**) المادة ٢٢ من القانون ٩ لسنة ١٩٨٣ .

(***) المادة ٢٢ من القانون ٩ لسنة ١٩٨٣ والفقرة (١) من المادة ٧٠ من اللائحة التنفيذية لهذا القانون .

(****) فقرة (٢) من المادة ٧٠ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩ لسنة ١٩٨٣ .

وبدون حاجة لأتخاذ أية إجراءات أخرى أو الالتجاء إلى القضاء :

أ – أن تلغى العقد وتصادر التأمين المؤقت .

ب – أو أن تنفذ العقد كله أو بعضه على حساب صاحب العطاء المقبول الذى نكص عن أداء التأمين النهائى وذلك إما بمعرفة الجهة المتعاقدة ، أو بواسطة أحد مقدمى العطاءات التالية لعطائه ، أو بالمناقصة أو الممارسة أو بالطريق المباشر .

٢ – ويكون للجهة المتعاقدة أيضاً الحق فى ان تخصم من أية مبالغ مستحقة أو تستحق لصاحب العطاء المقبول الذى ينكص عن أداء التأمين النهائى ، أيا كان سبب الاستحقاق ، لدى الجهة المتعاقدة أو لدى أية جهة إدارية أخرى – أن تخصم كل خسارة تلحقها .

٣ – وذلك كله مع عدم الأخلال بحقها فى الرجوع على المتعاقد المذكور قضائياً بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإدارى (*) .

رد التأمين النهائى :

أ – يجب الاحتفاظ بالتأمين النهائى بأكمله إلى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية طبقاً للشروط .

ب – بعد اتمام التسليم المؤقت يرد للمقاول ، إذا لم توجد قبله مطالبات للجهة المتعاقدة أو لأية جهة حكومية أخرى ، ما زاد من قيمة التأمين النهائى على النسبة المحددة من قيمة الأعمال التى تمت فعلاً ، وتحتفظ الجهة المتعاقدة بهذه النسبة لحين انتهاء مدة الضمان واتمام التسليم النهائى (**) .

ويضمن المقاول الأعمال موضوع العقد وحسن تنفيذها على الوجه الأكمل لمدة سنة واحدة من تاريخ التسليم المؤقت . (وذلك دون اخلال بمدة الضمان المنصوص عليها فى القانون المدنى) فإذا ظهر بها أى خلل أو عيب يقوم باصلاحه على نفقته . وإذا قصر فى إجراء ذلك ، فلجهة الإدارة أن تجريه على نفقته وتحت مسئوليته (***) .

(*) المادة ٢٤ من القانون ٩ لسنة ١٩٨٣ .

(**) المادة ٨٥ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩ لسنة ١٩٨٣ .

(***) المادة ٨٦ من اللائحة المذكورة .

هـ – وقبل انتهاء مدة الضمان بوقت مناسب يخطر المقاول جهة الإدارة كتابة للقيام بتحديد موعد للمعاينة . ومتى تبين أن الأعمال قد نفذت مطابقة للمواصفات بحالة جيدة فيتم تسليمها نهائياً بموجب محضر . وإذا ظهر من المعاينة أن المقاول لم يقم ببعض الألتزامات ، فيؤجل التسليم النهائى لحين قيامة بما يطلب إليه من أعمال .

د – فإذا تم تنفيذ العقد بصفة نهائية طبقاً للشروط ، يرد التأمين ، أو ما بقى منه ، لصاحبه .

هـ – ويكون الرد بغير توقف على طلب من صاحب التأمين .

و – يكون الرد خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد اتمام تنفيذ العقد بصفة نهائية طبقاً للشروط (*) .

مصادرة التأمين النهائى :

١ – يصادر التأمين النهائى عند فسخ العقد فى الحالات الآتية :

أ – إذا استعمل المتعاقد الغش أو التلاعب فى معاملته مع الجهة المتعاقدة .

ب – إذا ثبت أن المتعاقد قد شرع بنفسه أو بواسطة غيره ، بطريق مباشر أو غير مباشر ، فى رشوة أحد موظفى الجهات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات (ق ٩ لسنة ١٩٨٣) .

هـ – إذا أفلس المتعاقد أو أعسر (**) .

٢ – إذا أخل المتعاقد بأى شرط من شروط العقد ، كان للجهة المتعاقدة الحق فى فسخ العقد أو تنفيذه على حسابه (***) .

(*) م ٨٧ من اللائحة التنفيذية للقانون ١٩٨٣/٩ وذات الحكم بالنسبة لرد التأمين الابتدائى فى المادة ٧١ من اللائحة المذكورة .

(**) م ٢٧ ق ٩ / ١٩٨٣ – كما لا يخل فسخ العقد ومصادرة التأمين بحق جهة الإدارة فى الرجوع على المتعاقد بالتعويضات اللازمة .

(***) م ٢٨ ق ٩ / ٨٣ – ويتقرر الفسخ ، وكذلك تنفيذ العقد على حساب المتعاقد ، بقرار من السلطة المختصة ، يعلن للمتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد .

ويكون للجهة المتعاقدة فى حالة فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد الحق فى مصادرة التأمين النهائى ، وذلك دون حاجة إلى أتخاذ أى إجراءات قضائية (*) .

فى تنفيذ عقود مقاولات الأعمال :

إذا أخل المقاول بأى شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ، ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بالقيام بإجراء هذا الإصلاح كان لرئيس الإدارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص وعلى مسئوليته الحق فى إتخاذ أحد الأجرائين التاليين وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة :

أ - فسخ العقد .

ب - سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه .

وفى كلتى الحالتين يحق للجهة الإدارية المختصة (رئيس الإدارة المركزية أو رئيس المصلحة) مصادرة التأمين النهائى المستحق للمقاول وقت الفسخ أو وقت سحب العمل (**) .

- السمات المميزة لجزاء مصادرة التأمين :

١ - أن حق الإدارة فى مصادرة التأمين عند التقصير فى التنفيذ يقوم حتى ولو لم ينص عليه فى شروط المزايدة . ذلك إنه ما دام الغرض من التأمين هو ضمان التنفيذ ، فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن الجهة الإدارية حق مصادرة هذا التأمين فى حالة عدم التنفيذ ، سواءً نص على هذا الحق فى الشروط أو لم ينص عليه وإلا لما كان هناك محل أصلاً لاشتراط دفع تأمين .

٢ - للإدارة الحق فى توقيع جزاء المصادرة بنفسها دون انتظار لحكم من القضاء بذلك . ويمكن لها أن تقوم بخصمه مباشرة مما يكون مستحقاً للمتعاقد لديها أو لدى أى جهة إدارية من مبالغ .

(*) م ٢٩ ق ٩ / ٨٣

(**) م ٢٨ من اللائحة التنفيذية ق ٩ / ٨٣

٣ – للإدارة الحق فى توقيع جزاء المصادرة بغير حاجة إلى الزامها بإثبات أن ضرراً ما قد لحقها من جراء اخلال المتعاقد معها . فالضرر هنا مفترض (*) .

٤ – التأمين المودع لضمان تنفيذ العقد يمثل الحق الأدنى للتعويض الذى يحق للإدارة اقتضاؤه ، ولا يمثل الحد الأقصى . وعلى ذلك :

أ – لا يقبل من المتعاقد المقصر إثبات أن الضرر يقل عن مبلغ التعويض ، ولكن يجوز أن ينص فى العقد على نسبة معينة للتأمين المصادر ويتعين على جهة الإدارة حينئذ احترام هذه النسبة وعدم تجاوزها ، وإلاّ تكون قد خالفت بذلك شروط العقد . ويجدر أن نرصد فى هذا المقام نقطتين : **الأولى** : أن كون التأمين يمثل الحق الأدنى للتعويض الذى يجبر الضرر أمر مفترض ، تماماً مثل أن الضرر فى حد ذاته مفترض. **الثانية** : حق جهة الإدارة فى مصادرة التأمين ليس مطلقاً ، ويمكن تحديده فى بنود العقد ووثائق المناقصة .

ب – إذا كانت قيمة التأمين المصادر لاتفى وحدها بجبر الضرر ، فيمكن اللجوء إلى القضاء للحكم بالتعويض الكافى لجبره . وعندئذ يخصم مبلغ التأمين من التعويض المحكوم به ، ويلزم المتعاقد المقصر بأن يؤدى لجهة الإدارة مازاد عن قيمة التأمين المصادر . ويجدر أن نلاحظ هنا نقتطين : **الأولى** : أن هذا الجمع بين التأمين والتعويض ليس من قبيل الجمع المحظور بين تعويضين عن ذات الضرر وذلك لاختلاف كل من التعويض والمصادرة فى طبيعته وغايته . وإن كان يلزم لذلك أن يظل للضرر وجود بعد مصادرة التأمين دالاً بذلك على تجاوز الضرر لقيمة التأمين **والثانية** : لا يشترط لجواز هذا الجمع أن ينص على ذلك فى العقد . على أنه من ناحية أخرى إذا نص فى العقد صراحة على حظر مثل هذا الجمع أصبح غير جائز (**) .

(*) المحكمة الإدارية العليا – طعن ٢٧ ١٠ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٧٨/١/٢٨

(**) راجع فيما تقدم أحكام المحكمة الإدارية العليا فى الطعن ٥٠٨ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٦٧/١١/١٨ والطعن ١١٣٦ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٧٥/٢/٢٢ والطعن ٥٨٩ لسنة١١ ق جلسة ١٩٦٩/٥/٣ والطعن ١٣١٦ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٦٤/٢/٢٢ والطعن ٧٨٤ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨

٥ – التكييف القانونى للتأمين النهائى أنه « شرط جزائى يحدد مقدماً باتفاق الطرفين قيمة التعويض عن الأخلال بشروط التعاقد » . وعلى ذلك فعند الغاء العقد لتقصير المتعاقد مع الإدارة فى تنفيذ التزاماته ، وكان التأمين النهائى غيرمدفوع بالكامل ، جاز للإدارة مطالبته بما لم يدفع من مبلغ التأمين بعد (*) .

٦ – مصادرة التأمين عند التقصير فى تنفيذ التزامٍ من التزامات العقد لاترتبط بالضرورة بفسخ العقد . فلا يوجد ما يحول دون مصادرة التأمين بعد اتمام التنفيذ لسبق تراخى المتعاقد أو تقصيره أو تنفيذه على غير الوجه المطلوب أو بعد الميعاد المحدد لذلك . ومفاد ذلك أن جزاء المصادرة جائز توقيعه . (أ) إذا أضطرت جهة الإدارة إلى فسخ العقد نتيجة لعدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته (ب) وايضاً دون فسخ العقد إذا لم يكن التنفيذ موافقاً لما تم الاتفاق عليه (جـ) كما يمكن من ناحية أخرى الجمع بين مصادرة التأمين وبين التنفيذ على الحساب (**) .

وأيما ما كان الوضع القانونى لجزاء مصادرة الإدارة للتأمين إلا أن ممارسة هذا الجزاء محاط بضمانات تكفل حسن استخدامه من قبل الإدارة على النحو الآتى :

١ – إذا نص فى القانون أو فى بنود العقد على ارتباط مصادرة التأمين بسبب معين فلا يجوز لجهة الإدارة توقيع مصادرة التأمين لغير ذلك السبب . ومن ثم إذا نص العقد على أن يكون جزاء « التأخير فى اتمام العمل وتسليمه كاملاً فى الميعاد المحدد » هو إما « توقيع غرامات تأخيرية جزاء تخلفه عن إتمام العمل فى الميعاد المحدد ، مع السماح له بالمضى فى العمل لاتمامه » وإما « سحب العمل مع مصادرة التأمين والمطالبة بالتعويضات » فإنه إذا سمحت جهة الإدارة للمتعاقد الاستمرار فى العمل حتى يسلمه إليها كاملاً ولو بعد الميعاد المتفق عليه ، مع استعمال حقها فى

(*) المحكمة الإدارية العليا – طعن ٨٣٤ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٦٣/٤/٢٧

(**) المحكمة الإدارية العليا – طعن ١١٢٧ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٦١/٤/٢٢ وطعن ٥٩٨ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٦٩/٥/٣

توقيع الغرامات التاخيرية جزاء التأخير فى إنجاز العمل المتفق عليه ، فإنه لا يجوز لجهة الإدارقبعد ذلك « أن تنزل بالمتعاقد بعض الآثار المترتبة على سحب العمل على ما تنطوى عليه العقود من مصادرة التأمين أو المطالبة بالتعويض ، لأن هذه نتائج لا تقوم الاّ على سببها ، وهو سحب العمل الذى لم تنشط الإدارة إلى اتخاذه ضد المتعاقد معها مورداً كان أو مقاولاً . وما دام لم يتحقق سحب العمل فقد تخلف السبب الذى يمكن أن يقوم عليه مصادرة التأمين (*) .

٢ – قضت المحكمة الإدارية العليا (طعن رقم ١١٢٧ لسنة ٥ ق بجلسة ١٩٦١/٤/٢٢) بأنه إذا كان الثابت أن للملتزم بالتوريد فى ذمة جهة الإدارة مبلغ التأمين الذى لم تقم بمصادرته كما لم تذكر أن ثمة ضرراً قد أصابها من جراء عدم تنفيذ المتعاقد المذكور لالتزاماته التعاقدية ، فإنه يتعين القضاء له باسترداد هذا المبلغ .

ومفاد ذلك أن توقيع جزاء مصادرة التأمين يرتبط فعلاً بالسلطة التقديرية التى لجهة الإدارة فى توقيع الجزاءات التعاقدية . ولئن كان مصادرة التأمين حق مقررلجهة الإدارة ، ولا يجوز لها التنازل عنه ابتداء ، إلا أن لها أن تعفى المتعاقد منه إذا قدرت أن تخلفه عن أداء التزامه لم يلحق بها ضرر . وكما يكون هذا الأعفاء صراحة يمكن أيضاً أن يكون ضمنياً . وللقضاء أن يقضى به متى تأكد من ذلك .

٣ – يجب أن يكون استعمال الإدارة لحقها فى مصادرة التأمين خالياً من التعسف ، أخذاً بمبدأ توافر حسن النية فى تنفيذ العقود الإدارية . وعلى سبيل المثال ، إذا كان التأمين الذى دفع لضمان تنفيذ التعاقد بنسبة ١٠٪ من قيمة الأصناف المتعاقد على توريدها ، بحيث لو أخل المتعاقد بالتزامه كله ولم ينفذ منه شيئاً فإن التأمين المدفوع منه سيصادر فانه إذا كان الجزء الذى لم ينفذ من العقد تافها بالنسبة لقيمة العقد باكمله ، فإن مصادرة الإدارة للتأمين كله تكون مشوبةبالتعسف ، وعلى

(*) المحكمة الإدارية العليا – طعن ٣٢٣ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٧٠/١/٣

المحكمة أن تراعى نسبة ما لم ينفذ من العقد ، ويكون مصادرة التأمين فى حدود هذه النسبة إلى العقد كله . ويعتبر ذلك تطبيقا لمبادىء العدالة فى إقامة التوازن بين الالتزام الذى لم ينفذ والجزاء المشترط لضمان التنفيذ (*) .

ثالثا : احكام مشتركة بين التامين المؤقت والتامين النهائى :

ا - الأعفاء من التامين المؤقت والنهائى :

١ - تعفى من التأمين المؤقت والنهائى الهيئات العامة وشركات القطاع العام والجمعيات ذات النفع العام والجمعيات التعاونية المشهرة وفقاً للقانون ، وذلك عن العروض الداخلة فى نشاطها وبشرط تنفيذها للعملية بنفسها .

٢ - يجوز عند الضرورة للسلطة المختصة بعد موافقة لجنة البت اعفاء الشركات المحتكرة من إيداع التأمين المؤقت والنهائى إذا طلبت فى عروضها ذلك ، ولم تكن قد اشترطت الدفع المقدّم . ويجب أن يكون قرار الأعفاء مسبباً .

٣ - يصدر بالإعفاء من التأمين المؤقت والنهائى ، ومد المهلة المحددة لإيداع التأمين النهائى بما لا يجاوز عشر أيام ، أو خفضه بما لا يزيد على ٥٠٪ قرار مسبب من الوزيرالمختص أو من يمارس سلطاته (**) .

ب - كيفية أداء التامين المؤقت والنهائى :

نصت المادة ٢٣ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ على أن تبين اللائحة التنفيذية للقانون كيفية أداء التأمين المؤقت والنهائى ، والأجراءات الواجب اتباعها فى هذا الشأن ، وذلك على التفصيل الآتى :

(*) محكمة القضاء الإدارى ق ٤٠١ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٥٧/١٢/٢٣

(**) المادة ٢١ منالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والمادة ٧٢ من اللائحة التنفيذية للقانون المذكور .

التامين النقدى :

مع عدم الأخلال بأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات تؤدى التأمينات نقداً . ويجوز لمقدم العطاء طلب خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقة له لدى جهة الإدارة ، بشرط أن تكون صالحة للصرف وقت تقديم العطاء أو وقت تقديم الطلب بالنسبة للتأمينات النهائية (*) .

صور أداء التامين النقدى :

- الإيداع فى خزانة حكومية :

إذا كان التأمين نقداً ، فيؤدى بايداعه أحدى الخزائن الحكومية ، بموجب إيصال رسمى يثبت فى العطاء رقمه وتاريخه (**)

- حوالة بريدية :

كما يجوز سحب حوالة بريدية بقيمة التأمين ترفق بإلعطاء ولا تحسب فائدة على مبلغ التأمين النقدى (***) .

- الشيكات :

كما يجوز أداء التأمين بشيكات على مصارف محلية ، إذا كان مؤشراً عليها بالقبول من المصرف المسحوبة عليه.

وتقبل الشيكات المسحوبة على مصارف بالخارج بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد المصارف المعتمدة .

ومع ذلك يجوز عند الاقتضاء قبول الشيكات العادية دون أن تكون مصرفية أو معتمدة من البنوك المسحوبة عليها إذا تبين وجود ضمانات كافية (****) .

(*) المادة ٦٨ من اللائحة التنفينية للقانون ٩ / ٨٣

(**) م ٦٩ فقرة (١) من اللائحة التنفيذية للقانون ٩ لسنة ٨٣

(***) م ٦٩ فقرة (١) المشار إليها .

(****) المادة ٦٩ فقرة (٢ و ٣) من اللائحة التنفيذية للقانون ٩ / ٨٣

خطاب الضمان :

١ - إذا كان التأمين كتاب ضمان وجب : (أ) أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة (ب) ولا يقترن بأى قيد أو شرط (حـ) وأن يقر فيه المصرف بأنه يدفع تحت أمر جهة الإدارة المختصة مبلغاً يوازى التأمين المؤقت ، وأنه مستعد لأدائه بأكمله أو تجديد مدة سريان كتاب الضمان لمدد أخرى حسبما تراه الجهة الصادر لصالحها التأمين عند الطلب منها دون التفات إلى أية معارضة من مقدم العطاء (*) .

٢ - وعندما ترد لاحدى الجهات الإدارية كتاب كفالة عن تأمين نهائى من أحد المصارف المرخص لها فى أصدار كتب كفالة أو أحد فروعها ، عليها أن تتحقق من أن المصرف أو الفرع قد أعطى اقراراً على هذه الكفالة بأنه لم يجاوز الحد الأقصى المعين لمجموع الكفالات المرخص للمصرف فى إصدارها . فإذا تبين عند مراجعة الأخطارات بوزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية أن المصرف قد تعدى الحد الأقصى المحدد له أخطرت الجهة المختصة فوراً لمطالبة المصرف بأن يؤدى إليها فى ميعاد لا يجاوز ثلاثة أيام عمل قيمة الكفالة نقداً (**) .

٣ - وإذاكانت الكفالة (أى خطاب الضمان) محددة المدة فيجب . ألاّ تقل مدة سريانها عن ثلاثين يوماً على الأقل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاءات . وبالنسبة للتأمين النهائى فيكون سريان كتاب الكفالة لمدة تبدأ من وقت اصداره إلى ما بعد انتهاء مدة العقد بثلاثة أشهر ، إلا أذا اتفق على غير ذلك (***) .

(*) م ٦٩ فقرة (٤) من اللائحة التنفيذية للقانون ٩ / ٨٣

(**) فقرة (٥ و ٦) من م ٦٩ من اللائحة التنفيذية ق ٩ / ٨٣

(***) الفقرة ٧ من المادة ٦٩ المشار إليها .

المبحث الثالث

مقارنة أحكام القانون المصرى وقانون «اليونسيترال النموذجى» فى شأن « تأمينات العطاء »

أولا - المناقصات الداخلة فى إطار القانون المصرى رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية :

عنى القانون النموذجى فى المادة الخاصة بالتعاريف (المادة ٢ منه) وتحت الفقرة (ب) من هذه المادة بالإبانة عن ماهية المناقصات أو العطاءات التى أورد إطارا لما يجب أن يكون عليه التنظيم المحلى لها . وتعريف « الهيئة الداعية للمناقصات » يوصل الى تقارب مع الجهات الخاضعة فى مصر للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ باصدار قانون تنظيم المناقصات والمزيدات . فقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على أن تسرى أحكامه على جميع الوزارات والمصالح ووحدات الحكم المحلى والهيئات العامة وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى القوانين أو القرارات الخاصة بإنشائها .

وقد قدر القانون النموذجى ، كما قدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ، أن ثمة جهات حكومية تكون المناقصات والمزايدات التى تجريها قد إختصت بتنظيمات محلية معينة فإعترف فى المادة ٢ فقرة (ب) بجواز الإستثناء لها .

ولكن ليس ثمة ما يمنع وفقا لإملاءات القانون النموذجى ، بل هو أيضا أمر مرغوب فيه ، أن تجرى المناقصات والمزيدات التى تلجأ اليها الجهات الإدارية المتولية بعض المشروعات العامة ذات الطبيعة الخاصة مثل تجهيزات مرفقى الأمن والدفاع ، وفقا للنظام القانونى العام ، ومن ثم القانون النموذجى ، كلما لم يرد نص صريح فى قوانين ولوائح تلك الجهات بغير ذلك .

ثانيا - تأمين العطاء من مصرف غير مقيم فى مصر :

حثت الفقرة ١ - جـ من المادة ٣٢ من القانون النموذجى (*) الدول الداعية الى العطاءات الى عدم رفض تأمين عطاء صادر من مصرف ليس مقيما بها متى كان

(*) كانت هذه المادة برقم ٣٠ بصياغة القانون النموذجى التى وافقت عليها الدورة السادسة والعشرين لليونسيترال .

التأمين المذكور قد إستوفى سائر أوضاعه القانونية الأخرى ، أو على الأقل ألا يكون هذا الرفض إلا تطبيقا لحكم وارد فى قانون وليس فى مجرد لائحة . وأضاف «الدليل» المرافق للقانون النموذجى أنه ولئن كانت بعض الدول تكتفى بالنسبة لتأمين العطاء الصادر عن مؤسسة ائتمانية غير محلية بأن يكون معززا من مصرف محلى ، إلا ان هذه الممارسة على أى حال ليست هى الممارسة المرغوب فيها على مستوى التجارة الدولية . وأوضح « الدليل » السبب فى عدم تشجيع هذه الممارسة بأن استلزام « تعزيز محلى » قد يضع عقبة أمام تقدم الموردين والمقاولين الأجانب بعطاءاتهم لما يقتضيه ذلك من تكاليف إضافية على عاتقهم يفضى بهم مضطرين الى رفع الأسعار التى يتقدمون بها لتغطية تلك التكلفة التى يجدر الاستغناء عنها لصالح الدول الداعية للمناقصات ذاتها ، فضلا عن أن صعوبات الحصول على تعزيز محلى فى الوقت المناسب قد يعوقهم عن اللحاق بالأجل المضروب للتقدم الى المناقصة .

وبالرجوع إلى النظام المصرى ممثلا فى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بشأن المناقصات والمزيدات ولائحته التنفيذية يبين أن المشرع راعى أن المتقدمين بعطاءاتهم من الخارج قد يحتاجون الى وقت أطول من الوقت الذى يحتاجه المتقدمون من الداخل لتدبر أمر التأمينات المطلوب منهم التقدم بها ، فنص بصدد التأمين النهائى الضامن لتنفيذ العقد فى المادة ٢٠ من القانون المذكور على أنه « بالنسبة للعقود التى تبرم مع متعاقد فى الخارج يكون إيداع هذا التأمين فى فترة لا تجاوز عشرين يوما . ويجوز بموافقة السلطة المختصة مد المهلة المحددة لايداع التأ مين النهائى بما لا يجاوز عشرة أيام » .

على أن المشرع أحال الى اللائحة التنفيذية للقانون المذكور (المادة ٢٣ منه) كافة ما يتعلق بكيفية أداء التأمين المؤقت والنهائى ، والإجراءات الواجب إتباعها فى هذا الشأن .

وبالرجوع الى أحكام اللائحة التفيذية للقانون المذكور نجد أن المادة ٦٨ منها قد أوضحت فى شأن أداء التأمين سواء المؤقت أو النهائى أن « تقبل الشيكات على المصارف المحلية ، اذا كان مؤشرا عليها بالقبول من المصرف المسحوبة عليه ، كما تقبل الشيكات المسحوبة على مصارف بالخارج بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد

المصارف المعتمدة » أى أن اللائحة التنفيذية قد أقرت اجراء « التعزيز المحلى » بالنسبة للشيكات المسحوبة على مصارف بالخارج . كما إنه ليس فى لغة هذه المادة ما يحول دون أن يكون « التعزيز » من مصرف معتمد بالخارج ، والإعتماد فى هذه الحالة يكون بقرار من وزير المالية ، على ما سيتوضح حالا .

كما نصت الفقرة (٤) من المادة ٦٨ من اللائحة المذكورة على أنه « اذا كان التأمين كتاب ضمان وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة .... »

ويبين من هذا النص إن الجهات المتعاقدة تستلزم لقبول التأمين المقدم من أحد المشاركين فى المناقصة ، ولو كان مشاركا مقيما بالخارج ، اذا كان التأمين المقدم منه « خطاب ضمان » أن يكون صادرا من مصرف محلى معتمد . فاذا كان صادرا من مصرف بالخارج ، فيجوز لقبوله أن يكون معززا من مصرف محلى معتمد . فهذا التعزيز يجعل خطاب الضمان وكأنه صادر من هذا المصرف المحلى ما دام أن مفاد التعزيز تعهد المصرف المعزز للجهة الداعية الى المناقصة بأن يدفع لها قيمة خطاب الضمان إذا استدعت ذلك منه .

ولكن هل يجوز أن تكتفى جهـــة الإدارة الداعية الى المناقصة بقبول خطاب الضمان الصادر من مصرف غير محلى ، سواء كان معززا من مصرف آخر غير محلى أو غير معزز ؟

إن المرجع فى ذلك سوف يكون لوزير المالية الذى له أن يصدر أمره بقبول هذا الضمان ، وذلك تطبيقا لقواعد تقابل الأشكال ، فهو السلطة التى تملك الإستثناء من أحكام اللائحة التنفيذيةللقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ وذلك باعتباره السلطة التى أصدرت اللائحة ، وبالتالى هو السلطة التى تملك تعديل الأحكام التى تضمنتها تلك اللائحة ، سواء تعديلا عاما أو تعديلا يسرى فى حالة خاصة ، على شريطة ألا يخل تعديله فى هذه الحالة الأخيرة بمصالح الخزانة العامة التى هو أمين عليها بصفته ، ولا بمبدأ المساواة بين المتناقصين الذى يجب أن يسود المناقصة . ويجدر فى النهاية أن ينص فى أوراق الدعوة الى المناقصة على ما سيتقرر بهذا الشأن حتى يكون المتناقصون على بينة من الأمر منذ البداية .

وفى هذا كله ما يلائم تطبيق أحكام المادة ٣٢ (١ - جـ) من القانون النموذجى . على أن هذا القانون النموذجى على أى حال يستدعى أن ينص صراحة فى القانون

المحلى المنظم للمناقصات والمزايدات ، ولا يترك ذلك للائحة ، على جواز أن يكون التأمين مقدما أو معززا من مصرف معترف به ، ولو كان مصرفا غير محلى . وسوف تكون النتيجة المترتبة على ذلك الإستغناء عن استصدار موافقة وزير المالية فى هذه الحالات .

ثالثا - عدم تنكر جهة الإدارة الداعية الى المناقصة لما إشترطته فى وثائق المناقصة بشأن التأمين :

وفى هذا الإتجاه أيضا أجازت الفقرة ١ - د من المادة ٣٢ من القانون النموذجى لمن ينوى التقدم الى مناقصة أن يستوضح من جهة الإدارة الداعية الى المناقصة عما اذا كان الشكل الذى سيقدم عطاءه عليه سوف يكون مقبولا . وحثت الفقرة المذكورة من القانون النموذجى ألا يلقى هذا الإستيضاح من الجهة الداعية الى التقدم بالعطاءات فى مناقصة إلا كل إهتمام بالرد عليه فى أقصر وقت ممكن ، وعلى الأخص متى كانت مفتوحة للموردين أو المقاولين غير المقيمين .

وليس فى القانون المصرى ما يتعارض مع هذا الإجراء ، وحينئذ يكون مرجوا ، نزولا على متطلبات القانون النموذجى ، أن تبـــادر جهـــة الإدارة الى الرد على إستفسار مثل هذا المورد أو المقاول ، بعد الرجوع الى وزارة المالية وإستصدار الموافقة اللازمة من وزير المالية - طبقاً للمادة الثالثة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ - اذا كانت الإستجابة الى الأستفسار تحتاج إلى إستثناء من كيفية أداء التأمين والإجراءات الواجب إتباعها فى هذا الشأن .

فاذا أصدر وزير المالية قراره المذكور بما يكون فيه من إستثناء من أحكام تأمينات العقد الإدارى بالنسبة لحالة المناقصة أو المناقصات المطروح أمرها للإستفسار ، وبادرت جهة الإدارة المعنية بالناقصة المزمع الدعوة لتقديم العطاءات بشأنها الى الرد على المورد أو المقاول صاحب الإستفسار ، وتقدم فعلا مثل هذا المورد أو المقاول بعطائه مصحوبا بالتأمين على النحو الذى ورد بالرد على الإستفسار السابق تقديمه منه ، فان جهة الإدارة وإن كانت ملزمة باتباع القاعدة التنظيمية التى أخبرت المتناقص المستفسر بها فى الرد على طلب الإستفسار إلا أنها غير ملزمة بألا ترفض تأمين العطاء متى كان مصدر هذا التأمين أو المعزز له قد لحقه إعسار أو إفلاس ، أو

بصفة عامة زايلته الثقة التأمينية الواجبة . ولن تكون جهة الإدارة فى حالة رفض العطاء على سند من ذلك قد خالفت أحكام الفقرة ١ - د من المادة ٣٠ من القانون النموذجى لأن الفقرة ١ - هـ من المادة المذكورة قد خولتها الرفض على هذا الأساس .

ومن ناحية أخرى فقد جاء التنظيم القانونى المصرى للمناقصات والمزيدات متفقا مع ما جاء بالقانون النموذجى فى المادة ٣٢ فقرة ١ - ب من إن جهة الإدارة الداعية الى المناقصة حرة فى أن تصمم المناقصة التى تدعو اليها وتجريها على النحو الذى ترى إنه محقق للأغراض التى ترجوها . ولهذا فجهة الإدارة المتناقصة تورد فى وثائق المناقصة متطلباتها المتعلقة بشروط تأمين العطاء . فاذا جاء التأمين المقدم مستوفيا للشروط الموضوعة من جهة الإدارة ، فليس لها أن تتنكر لما إرتضته وإشترطته فى وثائق المناقصة بشأن ذلك التأمين . ومهما يكن من أمر فإن جهة الإدارة الداعية الى المناقصة تلتزم بمراعاة مبدأ المساواة بين المتناقصين فى المعاملة . فلا تفرق بين عطاء وعطاء إلا اذا كانت المعاملة المميزة التى ستمنحها لمتعاقد لها مبرر وطيد من الواقع والقانون ، وتخلو من التعنت وإساءة إستعمال السلطة المخولة لها . فمن المقرر فى الفقه والقضاء الإدارى المصرى والمقارن أن كل ما تجريه جهة الإدارة من ممارسات ، وما تمنح من صلاحيات انما هو مستتبعات « وظيفية » تتقلدها الجهة الإدارية وتؤديها فى حدود القانون .

رابعاً - عدم جواز منازعة جهة الإدارة للمتقدم اليها بعطاء فى استرداد التأمين :

تحقق المادتان ٥٨ و ٧١ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ متطلبات المادة ٣٢ فقرة ٢ من القانرن النموذجى ، فقد إتفقت أحكام النظام المصرى والقانون النموذجى على عدم منازعة جهة الإدارة للمتقدم اليها بعطاء فى استرداد ما دفعه من تأمين مؤقت فى الأحوال الآتية :

١ - اذا تمت المناقصة ورست على متناقص آخر ، وقدم هذا الأخير بالفعل التأمين النهائى ، أى تأمين تنفيذ العقد ، أو لم يقدمه وكانت وثائق الدعوة الى المناقصة لا تتطلب منه ذلك .

٢ - اذا انقضت المدة المحددة لسريان العطاء دون أن تبت فيها جهة الإدارة . وحتى اذا طلبت جهة الإدارة مد هذا الأجل ، وبالتالى مد أجل سريان التأمين الإبتدائى أو المؤقت ، فللمتقدم الى المناقصة عدم قبول هذا المد . ويكون له إسترداد تأمينه وعدم المضى فى المناقصة .

٣ - اذا صرفت جهة الإدارة النظر عن المضى فى العقد الإدارى الذى كان متوقعا إبرامه ، وأوقفت إجراءات المناقصة (*).

على أنه يظل ثمة إختلاف بين ما يقضى به القانون النموذجي وبين ما تقضى به اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ فى مدى حق مقدم العطاء فى سحب عطائه ، فان القانون النموذجى فى المادة ٣٢ فقرة ٢ يخول مقدم العطاء أن يسحب عطاءه فى خلال المدة المحددة لتقديم العطاءات . أما اللائحة التنفيذية المذكورة فى المادة ٥٨ فتنص على إنه اذا سحب مقدم العطاء عطاءه قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف يصبح التأمين المؤقت المودع منه حقا لجهة الإدارة ، وذلك دون حاجة الى إنذار أو التجاء الى القضاء أو اتخاذ أية إجراءات أو إقامة الدليل على حصول ضرر .

ويقتضى الأمر ، على ضوء الفقرة ٢ من المادة ٣٢ من القانون النموذجى ، تعديل أحكام المادة ٨ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بالاّ يفقد مقدم العطاء تأمينة المؤقت إذا ما سحب عطاءه أو عدل فيه خلال الفترة المقررة لتقديم العطاءات .

على إنه جدير بالإشارة أيضا الى أن إلتزام المتناقص بعطائه منذ ساعة تقديمه وفقا للمادة ٥٨ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ يعنى إنه لا يملك أن يعدل أسعاره بالزيادة ، ولكنه فى حالة التعديل بالتخفيض لا يفقد التأمين المؤقت .

ومن ناحية أخرى فان الفقرة ٢ من المادة ٣٢ من القانون النموذجى بالنسبة للحق فى سحب العطاء نصت على أنه يجوز أن ينص فى وثائق الدعوة الى المناقصة على عكس ما قررته أصلا من جواز سحب العطاء قبل الموعد النهائى لتقديم العطاءات ، بان ينص فى تلك الوثائق على أن مقدم العطاء يظل ملتزما بعطائه منذ تقديمه إلى حين فتح المظاريف . وعندئذ يضحى الحكم الذى تتضمنه وثائق الدعوة إلى المناقصة متفقا مع كل من أحكام القانون النموذجى واللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ .

(*) وقد نصت المادة ٣٤ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ على حالات يجوز فيها لجهة الإدارة إلغاء المناقصة أو الإستغناء عنها .

خامساً - سرعة رد وثيقة التأمين :

كما ذهب نظام المناقصات والمزايدات المصرى الى تلبية ما أشار اليه القانون النموذجى فى الفقرة ٢ من المادة ٣٢ من سرعة رد أو العمل على سرعة رد وثيقة التأمين فور تحقق أى من حالات أحقية مقدم العطاء فى إسترداد التأمين الذى قدمه . فنصت المادة ٧١ فقرة ١ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ على أن يرد التأمين المؤقت الى أصحاب العطاءات غير المقبولة بغير توقف على طلب منهم ، سواء كان هذا التأمين نقدا أو بشيك أو بخطاب ضمان ، وذلك خلال مدة لا تجاوز سبعة أيام عمل بعد إنتهاء المدة المحددة لسريان العطاء ، أو قبل ذلك اذا تم تحصيل التأمين النهائى من صاحب العطاء المقبول .

وبالنسبة للتأمين النهائى فانه يرد بدوره أو ما بقى منه لصاحبه - طبقا لأحكام المادتين ٧١ ، ٨٧ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ - فى خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد إتمام تنفيذ العقد بصفة نهائية طبقا للشروط ، كما يكون هذا الرد حتى بغير توقف على طلب صاحب التأمين .

ومن المرغوب فيه أن ينص فى الضمان على آخر ميعاد يجب أن تصل فيه المطالبات بشأنه الى الضامن . ولذلك يجب أن تكون القاعدة أن يعنى بالنص فى الضمان على ميعاد إنقضاء تقديم المطالبات ، ويجدر أن يربط ميعاد الانقضاء هذا على نحو واقعى بفترة العطاء أو بفتره الأداء حسب الأحوال .

ويجب أن يوضع فى الإعتبار ، على أى حال أن فى بعض البلاد يحظر التشريع النص على ميعاد لإنقضاء المطالبات فى « كتاب الضمان » مما قد يفضى الى إبقاء الضامن مسئولا عن التزامه لمدة أطول مما نص عليه فى الضمان صراحة . ونشير فى هذا المقام أيضا إلى أن مصر ليست من قبيل الدول التى أشار القانون النموذجى الى إنها لازالت تجيز لجهة الإدارة إحتجاز وثيقة الضمان والمطالبة بأداء قيمة الضمانة حتى بعد فوات ميعاد الصلاحية . ومصداقا على ذلك فقد نصت المادة ٨ فقرة ٢ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ على أنه اذا إنقضت المدة المحددة لسريان العطاءات دون أن تبت فيها جهة الإدارة الداعية الى المناقصة جاز لمقدم العطاء إسترداد التأمين الذى قدمه لجهاز الإدارة ، كما يضحى غير ملزم به فى كل الأحوال .

إن إعادة وثيقة الضمان الى الضامن حينما يضحى غير ذى فعالية أمر مرغوب فيه لإعتبارات اليقينية ، فان إعادة الوثيقة الأصلية يؤكد بشكل حاسم إنه ما من مطالبات ستقدم فى ظل وثيقة الضمان المرتجعة . وقد يكون لهذا الأمر دلالة خاصة فى البلاد التى تنص تشريعاتها على بقاء الضمان فعالا حتى تعاد وثيقة الضمان إلى الضامن ، أو أن يبرىء المستفيد صراحة الضامن من التزاماته .

وعلى أى حال ، فلئن كان كل من القانون النموذجي والقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ لا يفرض جزاء على الإمتناع عن إعادة مثل هذه الوثيقة ، الا أنه فى ظل أحكام القانونين لا تعطى حيازة وثيقة الضمان أو احتجازها فى حد ذاتها أى حق للمستفيد بعد إنقضائها .

وتقدم المطالبة بشأن الضمان كتابة أو بإحدى وسائل الإتصال السريع (برقية أو فاكس أو تلكس) . ويجب أن يتلقاها الضامن فى ميعاد لا يتجاوز تاريخ نهاية الصلاحية المحدد فى الضمان . وعند استلام الضامن للمطالبة عليه أن يخطر المصدر أو الطرف الآمر حسب الأحوال بهذه المطالبة . فاذا كانت المطالبة قد وجهت من قبل المستفيد فى الوقت المقرر ، ولكنها لم تصل الى الضامن الا بعد الأجل المحدد لتقديم المطالبات بسبب « قوة قاهرة » فالغالب أن يترك حسم هذه المسألة « لقواعد القوة القاهرة » فى القانون الواجب التطبيق على المنازعة .

وفى كل الأحوال لا يعتد بالمطالبة اذا كان الضمان قد فقد صلاحيته وفقا لشروطه ذاتها .

فاذا طلبت جهة الإدارة من مقدمى العطاءات مهلة جديدة لسريان العطاءات وتأميناتها لتفرغ من البت فى المناقصة ، فقد لا يقبل البعض من مقدمى العطاءات ذلك حتى لا يظل ملتزما بعطائه وتأمينه مدة طويلة ، وعندئذ ينتهى التزامه بالتأمين المؤقت . ويرد اليه خلال أقصر وقت . أما من قبل المد فهو الذى يظل وحده ملتزما بتأمينه . على أن من كان قد قدم كتاب ضمان رفق عطائه ، ولما انقضى ميعاد سريان تأمينه لم يطلب الغاء تأمينه ، فهو يعتبر قابلا استمرار الإرتباط بعطائه الى أن يصل لجهة الإدارة إخطار منه بسحب التأمين المؤقت وعدوله عن عطائه (*) .

(*) وكان الأجدر أن يكون الحكم فى هذا الخصوص بعدم سريان وثيقة الضمان بعد تاريخ إنتهاء صلاحيتها المحدد فيها ما لم يقم الضامن بإخطار المستفيد كتابة (أو ببرقية أو فاكس أو تلكس) بسريان ضمانه فى مثل هذه الحالة أو بان تاريخ إنتهاء الصلاحية قد مد لتاريخ لاحق .

وقد يكون لدى المستفيد (جهة الإدارة المعنية) أسباب مبررة لمد الأجل لحين إتمام فحص العطاءات إلا أن المدين الأصلى (المورد أو المقاول المتقدم للمناقصة) لا يجب أن يجبر على مد أجل صلاحية عطائه ، أو إعادة التفاوض حول عروضه تحت تهديد بأنه مطالب بالدفع بمقتضى الضمان .

وهكذا يتأتى التوازن بين ما لجهة الإدارة وما عليها من ناحية وبين ما للمتناقصين وما عليهم من ناحية أخرى ، فقد وضعت المادة ٣١ - ب من القانون النموذجى لتمكن جهة الإدارة الداعية للمناقصة من معالجة الحالات التى يتأخر فيها البت فى العطاءات من ناحيتها ، فسمح لتلك الجهة أن تطلب مد فترة صلاحية العطاءات . ولكن من ناحية أخرى لم يجعل لهذا الطلب أية صفة إجبارية على الموردين والمقاولين المتقدمين الى المناقصة ، ولم يسمحوا بمد سريان وثائق التأمين الضامنة لعطاءاتهم .

وبالمقابلة لكل ما تقدم تتفق أحكام القانون النموذجى واللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بصفة عامة فى الحالات التى يحق فيها لجهة الإدارة المختصة مصادرة التأمين المؤقت .

سادساً - إعلاء الإلتزام الدولى على الإلتزام المحلى :

إن الفكرة الجوهرية التى تكمن وراء كل من النظامين المحلى والدولى (القانون النموذجى فى حالتنا الراهنة) تتمثل فى إرساء نظام قانونى يكفل أنسب الطرق لحصول الجهات التى وضع من أجلها هذا النظام على ما تحتاجه من سلع وانشاءات وخدمات تزود بها مشروعاتها ذات النفع العام ، وذلك أيضا حرصا على ضمان حسن انفاق الإعتمادات المخصصة لتمويل تلك المشروعات فيما رصدت له هذه الإعتمادات أصلا .

وقد بلغ من حرص جهات التمويل الأجنبية (*) . والدولية (**) . فى هذا المقام أنها تشترط فى إتفاقية القرض أو المنحة التى تبرمها مع الحكومة المتلقية للقرض الميسر أو

(*) مثل الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية .

(**) مثل البنك الدولى للإنشاءات والتعمير .

المنحة على إقصاء أحكام قوانين ولوائح المناقصات المحلية والعمل بأحكام لائحة مناقصات الجهة المانحة للتمويل بالنسبة لتجهيز كل مشروع يمول بالإعتمادات المقدمة منها . ومن ثم تضمن مثل هذه الجهات هيمنتها على إجراء المناقصات فى مختلف مراحلها من خلال تطبيق لائحة المناقصات الخاصة بها . وهذا كله يمليه حرص تلك الجهات على أن يأتى انفاق المقترض أو متلقى المنحة لإعتمادات القرض أو المنحة كليا أو جزئيا انفاقا يتفق مع ما منح القرض أو المنحة من أجله .

ولهذا فعندما تبرم إتفاقية من إتفاقيات القروض أو المنح للتنمية الإقتصادية والفنية بين جمهورية مصر العربية ودولة من الدول الأجنبية أو الهيئات الدولية وتحصل بمقتضاها مصر على منحة أو قرض فلن يكون بمستغرب ولا من غير المألوف فى المعاملات الدولية أن تشترط الدولة أو الهيئة الدولية المانحة أو المقرضة أن يخضع ذلك القرض أو تلك المنحة لقوانينها ولوائحها .

وهذا ما تصدت له أيضا المادة ٣ من القانون النموذجى وأقرته بإعلائها الألتزامات الدولية على أى إلتزام يقضى به قانون محلى .

وسوف نجد مثلا على ذلك فى اتفاقية المعونة الإقتصادية والفنية وما يتصل بها من مسائل الموقعة فى القاهرة بتاريخ ١٦ أغسطس ١٩٧٨ بين حكومتى جمهورية مصر العربية والولايات المتحدة الأمريكية ، والمصدق عليها من رئيس جمهورية مصر العربية بتاريخ ١٥ أغسطس ١٩٧٨ (الجريدة الرسمية - العدد ٤٨ فى ٢٠ نوفمبر ١٩٧٨) فقد نص البند (١) من هذا الإتفاق على أن « تقوم حكومة الولايات المتحدة الأمريكية بتقديم المعونة الإقتصادية والفنية وما يتصل بها من مسائل وفقا لأحكام هذا الإتفاق ... ويخضع تقديم هذه المعونات للقوانين واللوائح بالولايات المتحدة ...... » .

وقد تصدت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة لتفسير هذا البند واستبان لها أن المادة ١٥١ من الدستور المصرى تقضى بأن « يبرم رئيس الجمهورية المعاهدات ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان ، وتكون لها قوة القانون بعد إبرامهاوالتصديق عليها ونشرها طبقا للأوضاع المقررة » . ولما كانت إتفاقية المنحة الأمريكية لتوسيع شبكة الصرف الصحى بالإسكندرية الموقعة بين

حكومتى جمهورية مصر العربية والولايات المتحدة الأمريكية قد مرت بمراحلها الدستورية بإبرام رئيس الجمهورية لها ، ثم موافقة مجلس الشعب عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة فتكون لها قوة القانون ، وتصبح فيما تضمنته من أحكام واجبة التطبيق بإعتبارها قانونا خاصا ، بحيث يتعين إعمال ما ورد بها من أحكام متعلقة بشروط وإجراءات التعاقد وإختيار المتعاقدين حتى فيما تخرج عنه فى هذا الشأن عن أحكام قانون المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ تطبيقا للقاعدة الأصولية من أن الخاص يقيد العام .

وإنتهى رأى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع من ذلك بجلسة ٣٠ أبريل سنة ١٩٨٥ الى وجوب تطبيق أحكام إتفاقية المنحة الأمريكية لتوسيع شبكة الصرف الصحى بالإسكندرية فيما يتعلق باختيار المتعاقدين وإجراءات التعاقد فيما خالفت فيه أحكام القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية المشار اليهما .

ويعتبر ما جاء بتفسير الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع لإتفاقية المعونة الإقتصادية والفنية المعقودة بين حكومتى جمهورية مصر العربية والولايات المتحدة الأمريكية تطبيقا سليما لما جرى عليه العمل فى المناقصات الدولية لتزويد مشروعات الدولة المقترضة أو الممنوحة بما تحتاجه من سلع وخدمات وإنشاءات ، وان كان قد يبدو أمراً غريبا إقصاء قانون محلى عن التطبيق ، إلا أن هذا هو المتطلب لإرتضاء الدولة أو الهيئة الدولية المقرضة أو المقدمة للمنحة تحريك أموالها فى اتجاه التنمية بالدولة الممنوحة أو المقترضة (*) .

واذا كانت المادة ٣ من القانون النموذجى قد أوجبت إعلاء الإلتزامات الدولية على أى التزام يقرره قانون محلى ، فقد جاءت متفقة فى ذلك مع حكام المادة ١٥١ من الدستورالمصري . ومن ثم إذا أبرمت فى شأن تجهيز مشروع من المشروعات العامة إتفاقية توفر للدولة المتولية لهذا المشروع التمويل الخارجى الذى يكفل الصرف منه على عمليات تجهيزه بالسلع والانشاءات التى ترسو مناقصتها على مورد أو مقاول

(*) رلجع مزيدا من التفاصيل بهذا الشأن فى كتابنا « لائحة مناقصات البنك الدولى » – طبعة سنة ١٩٨٨ ص ٨٢ وما بعدها .

أجنبى ، فإن الإشتراطات التى تنص عليها الإتفاقية بشأن إجراء المناقصة المذكورة سوف تعلو على أحكام النظام المحلى للمناقصات والمزايدات ، ومن ثم يستبعد من التطبيق كل حكم فى هذا النظام يخالف ما أوردته الإشتراطات التى تنص عليها الإتفاقية .

سابعاً - خطاب الضمان - صك الكفالة - بوليصة التأمين :

نهت أحكام اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ فى المادة ٦٨ منها عن أن يكون أداء التأمين عن طريق « الكفالة » بينما أجاز القانون النموذجى فى المادة (٢) أن تكون الكفالة تأمينا للعطاء فى المناقصات ، وإن كانت قد سمحت لجهة الإدارة الداعية الى المناقصات أن تعين فى أوراق الدعوة نوع التأمين الذى تتطلبه وطبيعته وأوضاعه (المادة ٣٠ من القانون النموذجى) . وهكذا يكون لجهة الإدارة فى مصر الحق فى عدم تطلب « الكفالة » كتأمين للمناقصات التى تدعو اليها دون أن يكون فى ذلك إخلال من جانبها بأحكام المادة (٢-ح) من القانون النوذجى .

على أن موقف جهة الإدارة المصرية إزاء ضمان مقدم على صورة كفالة أداء يحتاج على أى حال الى وقفة تأمل ، ذلك أن الهدف من الضمان هو بصفة عامة كفالة أداء الإلتزام . وفى حالة تخلف هذا الأداء من جانب المدين الأصلى يؤدى الكفيل لقاء هذا التخلف إما عمل أو مبلغ من المال (*) .

ومؤدى كفالة أداء الإلتزام بمعرفة متعاقد آخر - كما سبق أن وضحنا- إستجلاب شخص إضافى غير المتقدم للمناقصة يكفل قيام هذا الأخير بالمشروع الحكومى الذى ترسو عليه مناقصته (**). ومن ثم استقرت فى بلاد مثل الولايات المتحدة الأمريكية وكندا ، قاعدة تقضى بأن على المقاول المتناقص على مشروع حكومى أن يرتب مع

(*) وقد دخلت شركات التامين فى بعض البلاد بموافقة السلطات الإقتصادية فيها مجال ضمانات العقود . وراحت تنافس البنوك فى إصدارها لخطابات الضمان مقابل أقساط للتأمين نسبتها أقل مما تتقاضاه البنوك من عمولة لقاء أصدارها خطابات الضمان المصرفية . وقد لاحظت شركات التامين أن ثمة تشابها بين عمليات التامين التى تقوم بها وبين ضمانات العقود ففى كلى الحالتين ثمة إمكانية تقديم حماية من مخاطر محتملة تتمثل فى أداء الدين اذا لم يدفعه المدين . على أن هذا المنحى يعتبر في مصر مخالفا للقانون على ما سيبين فى المتن .

(**) راجع فى ذلك ما سبق أن تقدم صفحة ٦١ وما بعدها .

شركة كفيلة مؤهلة « صك كفالة » يضمن الأداء الكامل للعقد . ويكون الكفيل ملزما بأن يكمل الأعمال بذات الشروط والأوضاع التى تضمنها العقد الأصلى . على إنه في تلك البلاد قبل أن يطلب من الكفيل أن يتولى إلتزاماته بمقتضى « عقد الكفالة » يجب أن يثبت أن المتناقص المتعاقد قد أخل بإلتزاماته التى حمله بها العقد الأصلى المكفول . وفى سبيل ذلك إما أن يقر المقاول المكفول بالإخلال ، أو يصدر ضده حكم قضائى أو قرار من لجنة تحكيم يسجل عليه هذا الإخلال . على أنه اذا ثبت من ناحية أخرى أن الخطأ أو الإخلال بالعقد كان من جانب المستفيد من الكفالة ، فان هذا الأخير ، وهو الجهة الإدارية المتعاقدة ، لن يكون له الحق فى مطالبة الكفيل بتعويض الأضرار المتسببة .

ومن هـذه الزاوية على الأخص يـبين وجه الإختلاف بين « الكفالة » SE-CURITY BOND و « خطاب الضمان المصرفى » BANK LETTER OF GUARANTEE ذلك أن الكفالة - وقد تكون تعهدا بأداء الأعمال أو بتقديم مبلغ محدد من المال الى المستفيد - حتى تؤتى آثارها القانونية فى تعويض المستفيد يجب أن يثبت الخطأ فى جانب المقاول المكفول . وهذه النتيجة هى ما يجعل الكفالة مستحبة من جانب المقاولين وضامنيهم فى عقود التجارة الدولية . على أن خطاب الضمان المصرفى يظل مفضلا فى هذه العقود سواء من جانب مشترى المشروعات أو من جانب البنوك التى تفضل أن يبقى دورها مقصورا على التمويل دون الخوض فى عمليات تقدير ما اذا كانت الأعمال المكفولة بالضمان قد أديت على ما يرام من عدمه بما تنطوى عليه هذه المهام من نواحى فنية تقصر عنها صلاحيات البنوك بصفة أصلية . وبكل وضوح ، فان مشترى المشروعات يرغبون أن يدفعوا ثمنا أعلى لقاء ضمان أوفى ، من أن يدفعوا ثمنا أرخص مقابل ضمان أقل .

على إننا سوف نجد « الكفالة » متطلبة أيضا كتأمين لبعض المناقصات التى تجريها جهات الإدارة المصرية بتمويلات ممنوحة لها بمقتضى اتفاقيات مع جهات تمويل أجنبية أو دولية ، بل أن من هذه الجهات ما يجعل إختيار نوع تأمين العطاء

المقدم متروكا للمورد أو المقاول الأجنبى أيضا ، كما لا تفرق لوائح مناقصات هذه الجهات بين « الكفالة » التى يكون التزام الكفيل فيها أداء عمل وبين تلك التى يكون التزامه فيها أداء مبلغ من النقود ، مثلما تنطوى عليه صكوك الكفالة التى تصدرها بعض شركات التأمين فى البلاد التى تسمح أنظمتها باصدار تلك الصكوك INSURANCE BONDS . وعلى سبيل المثال ، نجد أن لائحة مناقصات البنك الدولى ، وهى اللائحة التى تطبق على المناقصات الممولة من القروض التى يقدمها البنك بمقتضى اتفاقيات مع الدول الطالبة لتجهيز مشروعاتها العامة ، تسمح للمتقدم بالعطاء ، أى للمقاول أو المورد ، أن يختار صورة التأمين الذى يراه ، ويؤبى على رب العمل أن يحدد بنفسه نوع التأمين بالنسبة لعقود الأشغال المدنية ، ومن ثم يكون تأمين الأداء فى هذه العقود على صورة « كفالة أداء » أو « خطاب ضمان مصرفى » حسبما يقدره المورد أو المقاول دون غيره . ويسهر البنك الدولى بطبيعة الحال على مراعاة ذلك من واقع مراجعته لوثائق المناقصة . وبالتالى ، فان الأنظمة القانونية المحلية التى تحكم تجهيز مشروعات التنمية فى البلد المقترض ، مثل القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصات والمزيدات ولائحته التنفيذية ، لا تسرى فى خصوصية تأمينات العقد على المناقصات الدولية التنافسية لعقود الأشغال العامة الممولة من جانب البنك الدولى ، الا اذا وافق البنك الدولى على غير ذلك (*) .

وفى هذه الحالة وحدها ، نجد إمكان استخدام « صكوك الكفالة » التى على هيئة بوالص تأمين INSURANCE BONDS فى مناقصات تجريها جهات الإدارة المصرية . لأنه فى غير هذه الحالة ، ولا حتى وزير المالية يستطيع أن يصدر قرارا باجازتها كتأمين لمناقصة ، طبقا للمادة ١٤ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ، وذلك لأن ضمان العقد ليس مجرد تغطية مخاطر ، إذ انه لا يجوز منطقيا أن تلتزم شركة التأمين بتأمين عميلها (المدين) ضد عدم التنفيذ الإرادى من جانبه ،

(*) راجع فى هذا الصدد ص ٣٨ وما بعدها وص ٨١ وما بعدها من مؤلفنا بعنوان « لائحة مناقصات البنك الدولى » سالف الأشارة إليه .

فالتأمين بحسب أحكامه الأصلية يكون عن خطر من شروطه ألاّ يتعلق بمحض إرادة أحد طرفى العقد ، ذلك أن الخطر اذا تعلق بمحض إرادة أحد الطرفين انتفى عنصر الإحتمال وأصبح تحقق الخطر رهنا بمشيئة هذا الطرف . وعلى ذلك فان المقاول لا يستطيع أن يلجأ بحسب أصوليات عقد التأمين الى شركة التأمين لتصدر بوليصة تأمين تكفل بها عدم إخلاله بالتزاماته التعاقدية ، والذى قد يستطيع ان يلجأ فى هذه الحالة الى شركة التأمين هو المالك أو مشترى المشروع كى تؤمنه ضد اخلال المتعاقد الآخر (المقاول) بالتزاماته قبله أو إهماله فى تنفيذها . ولكن هذا شىء آخر ، فان الذى يحتاج اليه عقد المقاولة الدولى كضمان يطمئن اليه المشترى أو المالك ، فيقبل أن يسند العملية التى يريد التعاقد عليها الى مقاول دون غيره ، هو ضمان يتقدم به المقاول الى المشترى أو رب العمل يتعهد له به طرف ثالث ، كبنك من البنوك أن يدفع عند الطلب مبلغا اذا ما أخل المقاول بالتزاماته كليا أو جزئيا . وهذا ما تقصر عنه شركة التأمين ، فعميلها فى حالة بوالص التأمين لن يكون المقاول فهذا ممتنع عليها ، اذ هى قانونا لا تملك أن تؤمن أخطار رهينة بارادة المؤمن له . ومن ثم لا تستطيع أن تصدر بوليصة تأمين للعميل (المقاول) تكفل تعويض المالك أو مشترى المشروع أو رب العمل فى حالة ارتكاب المقاول خطأ أو إهمالا فى تنفيذ العقد الأصلى . ويلاحظ من ناحية أخرى أن عملية إصدار خطاب الضمان من بنك من البنوك الى عميل (المقاول) لا تقوم على تلقى البنك اقساطا كما تفعل شركة التأمين بالنسبة لبوليصة التأمين وإنما يتلقى البنك مقابل إصدار خطاب ضمان لعميله (الذى هو الطرف المدين فى عقد المقاولة الأصلى) عمولة أو أجرا .

ولئن سمح القانون النموذجى فى المادة (٢-ح) منه بأن يكون الضمان فى المناقصات كفالة من هذا القبيل ، بينما نهى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية جهات الإدارة المتناقصة عن قبول « الكفالة » كتأمين لعقودها الإدارية إلا انه متى استلزم الأمر حتما أن يكون ضمان العقد كفالة ، وهذا لا يكون فى عقود التوريد

بل فى عقود الأشغال العامة عادة ، أمكن وفقا لأحكام المادة ١٤ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣(*) – ولكن أيضا بمراعاة ما سبق إيراده بالنسبة لشركات التأمين – عرض الأمر على وزير المالية لإستصدار قرار خاص بذلك بما له من سلطة تعديل أحكام اللائحة التنفيذية للقانون المذكور ، ومن ثم الإستثناء منها بوضع أحكام تخص حالة بعينها لإعتبارات المصلحة العامة .

ثامنا - التحكيم فى العقود الإدارية :

يمكن إحالة أية منازعة تنشأ متعلقة بتأمينات العقد الى التحكيم بالإتفاق بين الضامن والمستفيد . ويجدر تسوية أية منازعة تثور بشأن الضمان عن طريق التحكيم . على أنه يجب أن يتوافر إتفاق خاص بين الضامن والمستفيد كى يلتزما بالتحكيم . وفى هذا المقام يترك لهما مطلق الحرية فى اختيار نمط التحكيم الذى يرتضيانه ويمكن أن نشير فى هذا المقام على أى حال الى مجموعتين من القواعد المنظمة للتحكيم الدولى ، ألا وهما قواعد محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس ، وقواعد اليونسيترال الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية .

كما إنه اذا قام نزاع بين المستفيد والضامن ، فانه يكون من المفيد أن يكون المدين الأصلى أو الطرف الآمر بالضمان قادرا على التدخل فى الإجراءات . ولئن كان من غير الممكن إجبار المدين الأصلى أو الطرف الآمر بالضمان على التدخل ، فان من المستحيل أيضا على الضامن والمستفيد أن يتمسكا بالطبيعة الخاصة للتحكيم كمنازعة مغلقة على طرفيها للإعتراض على مثل هذا التدخل .

واذا لم يتفق الضامن والمستفيد على التحكيم أو على انعقاد الإختصاص الولائى لمحكمة معينة ، فان الأطراف المتنازعة حول الضمان يمكن أن يجدوا أنفسهم معرضين

(*) تجرى المادة ١٤ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بأنه « مع عدم الإخلال بأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات لا يجوز – فى الحالات الفردية – الاستثناء من أحكام هذه اللائحة الا عند الضرورة وبقرار من وزير المالية » .

لتنازع فى الإختصاص بين محاكم فى أكثر من بلد . والرأى الغالب فى شأن المحكمة المختصة بمثل هذه المنازعة هو إسناد الإختصاص بتسويتها للمحكمة المختصة فى البلد الذى ينتمى اليه موطن أعمال الضامن أو المحاكم التى تتبع البلد الذى يوجد به الفرع المصدر للضمان ، وذلك حسب إختيار المستفيد (*) .

وقد ثار تساؤل فى ظل قانون مجلس الدولة المصرى (سواء القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ السابق أو القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ الحالى) عما اذا كان يجوز التحكيم فى العقود الإدارية ، اذ نصت المادة ١٠ من القانون على أن يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى دون غيره فى المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام والأشغال والتوريد أو أى عقد إدارى آخر . وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا (فى الطعنين رقمى ١٦٧٥ و ١٩٥٦ لسنة ٣٠ ق) الى إنه اذا تضمن العقد الإدارى نصا مؤداه إن كل خلاف بين الطرفين على تفسير أو تنفيذ أحكام العقد يفصل فيه عن طريق التحكيم ، ينطوى على مخالفة للقانون وإخلال بقواعد إختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى ، وهى قواعد من النظام العام ، ولا يجوز الإتفاق على خلافها .

الا أن الصحيح فى الأمر هو ما ذهبت اليه الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فى فتواها (ملف رقم ٢٦٥/١/٥٤) بجلسة ١٧ مايو سنة ١٩٨٩ ، من جواز الإتفاق على الإلتجاء الى التحكيم فى العقود الإدارية .

وقد بدأت الجمعية العمومية باستجلاء معنى التحكيم . وأوضحت « أن التحكيم هو الإتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر للفصل فيه – بدلا من المحكمة المختصة به – وذلك بحكم ملزم للخصوم . ويتخذ هذا الإتفاق إحدى صورتين . فهو قد يرد ضمن العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية ، فيتفق طرفا العقد على أن ما ينشأ من نزاع حول هذا العقد أو تنفيذه يتم البت فيه عن طريق التحكيم . ويسمى هذا الإتفاق

(*) وبهذا أخذت المادة ١١ من وثيقة التجارة الدولية بباريس رقم ٣٢٥ بعنوان « القواعد الموحدة لضمانات العقد» (راجع ما تقدم ص ١٢٨ و ١٢٩) والمادة ٢٨ من الوثيقة رقم ٤٥٨ بشأن القواعد الموحدة لضمانات العقد تحت الطلب (راجع ص ١٤٩ و ١٥٠) .

« بشرط التحكيم » . وقد لا يتفق الطرفان على التحكيم فى العقد الأصلى ، ولكن عند قيام النزاع بينهما يبرمان اتفاقا خاصا للفصل فى النزاع الذى نشأ بأسلوب التحكيم . ويطلق على هذا الإتفاق « مشارطة التحكيم » . والتحكيم يقوم على أساسين هما إرادة الخصوم وإقرار المشرع لهذه الإرادة ، لأن التحكيم استثناء من الأصل العام فى التشريع . وبالتالى فلا يجوز إجبار شخص على سلوكه وحرمانه من الإلتجاء الى القضاء الا عن رضاء وإختيار . كما إنه لا تكفى إرادة الخصوم وحدها للفصل فى منازعاتهم عن طريق التحكيم ، بل لابد أن يتم ذلك فى حدود القواعد التى يضعها المشرع لتنظيم التحكيم وإجراءاته » .

وبعد أن أوضحت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع مفهوم التحكيم فى العقود وماهيته ، استطردت وتساءلت عما اذا كان القانون يجيز التحكيم كاجراء قانونى لفض المنازعات فى العقود . وأجابت الجمعية العمومية على ذلك بان « قانون المرافعات المدنية والتجارية قد أجاز الإتفاق على التحكيم بالمفهوم السالف إيضاحه مبينا شروطه وإجراءاته وكيفية تنفيذ أحكام المحكمين والطعن فيها فى المواد من ٥٠١ وما يليها . كما إن قانون مجلس الدولة (رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢) أورد بالمادة ٥٨ منه ما يقطع صراحة بجواز التجاء جهة الإدارة الى التحكيم فى منازعتها العقدية – إدارية أو مدنية - حينما نص بالفقرة الثالثة من المادة المذكورة على إلزام أية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة بألا تبرم أو تقبل أو تجيز أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير إستفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة » .

وإستخلصت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع من ذلك إنه « لو أن الإتفاق على التحكيم أمر محظور على جهة الإدارة ما كان المشرع ألزمها أصلا بعرض هذا الإتفاق أو تنفيذ قرار المحكمين بشأنه على مجلس الدولة للمراجعة . بيد إنه إزاء عدم وجود تشريع خاص ينظم التحكيم فى منازعات العقود التى تكون جهة

الإدارة طرفا فيها سواء المدنية أو الإدارية ، فانه يتعين الرجوع فى ذلك الى الشروط العامة للتحكيم وإجراءاته الواردة بقانون المرافعات ، والتى لا تتعارض مع طبيعة الروابط الإدارية » .

وردت الجمعية العمومية على الحجة التى استندت اليها المحكمة الإدارية العليا للقول بعدم جواز التحكيم فى العقود الإدارية ردا ينهار به ما خلصت اليه المحكمة المذكورة ، ولا يبقى له من قائمة ، اذ أوضحت الجمعية العمومية إنه « لا وجه للقول بان محاكم مجلس الدولة هى المختصة بالفصل فى منازعات العقود الإدارية دون غيرها - طبقا للمادة ١٠ من قانون مجلس الدولة - وبالتالى فان الإتفاق على حسم تلك المنازعات بطريق مؤداه سلب الولاية المعقودة للقضاء الإدارى فى هذا الشأن - لا وجه لذلك لأن المقصود من نص المادة ١٠ هو بيان الحد الفاصل بين الإختصاص المقرر لمحاكم مجلس الدولة ومحاكم القضاء العادى ، ولا يجوز أن نتجاوز فى التفسير قصد المشرع والقول بحظر الإلتجاء الى التحكيم فى منازعات العقود الإدارية » .

على أن هذا الخلاف قد حسم بصدور قانون التحكيم الجديد (القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى الموادالمدنية والتجارية)(*) . الذى نص على جواز التحكيم فى العقود الإدارية . وقد جرت عبارة المادة (١) من هذا القانون بأنه « مع عدم الأخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون علي كل تحكيم بين الأطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص آيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى فى مصر ، أو كان تحكيماً تجارياً دولياً يجرى فى الخارج وأتفق أطرافه على اخضاعه لأحكام هذا القانون ».

(*) الجريدة الرسمية - العدد ١٦ (تابع) فى ٢١ أبريل ١٩٩٤

ملحق

وثيقتا غرفة التجارة الدولية

I. C. C.

Uniform Rules for

Contract Guarantees

Article 1

Scope

1. These Rules apply to any guarantee, bond, indemnity, surety or similar undertaking, however named or described (" guarantee "), which states that it is subject to the Uniform Rules for Tender, Performance and Repayment Guarantees (" Contract Guarantees ") of the International Chamber of Commerce (Publication N° 235) and are binding upon all parties thereto unless otherwise expressly stated in the guarantee or any amendment thereto.
2. Where any of these Rules is contrary to a provision of the law applicable to the guarantee from which the parties cannot derogate, that provision prevails.

Article 2

Definition

For the purposes of these Rules ;

a " tender guarantee " means an undertaking given by a bank, insurance company or other party (" the guarantor ") at the request of a tenderer (" the principal ") or given on the instructions of a bank, insurance company, or other party so requested by the principal ("the instructing party ") to a party inviting tenders (" the beneficiary ") whereby the guarantor undertakes - in the event of default by the principal in the obligations resulting from the submission of the tender - to make payment to the beneficiary within the limits of a stated sum of money :

b " performance guarantee " means an undertaking given by a bank, insurance company or other party (" the guarantor ") at the request of a supplier of goods or services or other contractor (" the principal ") or given on the instructions of a bank, insurance company, or other party so requested by the principal ("the instructing party") to a buyer or to an employer (" the beneficiary ") whereby the guarantor undertakes-in the event of default by the principal in due performance of the terms of a contract between the principal and the beneficiary (" the contract ") - to make payment to the beneficiary within the limits of a stated sum of money or, if the guarantee so provides, at the guarantor's option, to arrange for performance of the contract.

c " repayment guarantee " means an undertaking given by a bank, insurance company or other party (" the guarantor ") at the request of a supplier of goods or services or other contractor (" the principal ") or given on the instructions of a bank, insurance company or other party so requested by the principal (" the instructing party ") to a buyer or to an employer (" the beneficiary ") whereby the guarantor undertakes-in the event of default by the principal to repay in accordance with the terms and conditions of a contract between the principal and the beneficiary (" the contract ") any sum or sums advanced or paid by the beneficiary to the principal and not otherwise repaid-to make payment to the beneficiary within the limits of a stated sum of money.

Article 3

Liability of the guarantor to the beneficiary

1. The guarantor is liable to the beneficiary only in accordance with the terms and conditions specified in the guarantee and these Rules and up to an amount not exceeding that stated in the guarantee.

2. The amount of liability stated in the guarantee shall not be reduced by reason of any partial performance of the contract, unless so specified in the guarantee.

3. The guarantor may rely only on those defences which are based on the terms and conditions specified in the guarantee or are allowed under these Rules.

Article 4

Last date for claim

If a guarantee does not specify a last date by which a claim must have been received by the guarantor, such last date (" expiry date ") is deemed to be :

a in the case of a performance guarantee, six months from the date specified in the contrat for delivery or completion or any extension thereof, or one month after the expiry of any maintenance period (guarantee period) provided for in the contract if such maintenance period is expressly covered by the performance guarantee.

c in the case of a repayment guarantee, six months from the date specified in the contract for delivery or completion or any extension thereof.

If the expiry date falls on a non-business day, the expiry date is extended until the first following business day.

Article 5

Expiry of guarantee

1. If no claim has been received by the guarantor on or before the expiry date or if any claim arising under the guarantee has been settled in full satisfaction of all the rights of the beneficiary thereunder, the guarantee ceases to be valid.

2. Notwithstanding the provisions of Article 4, in the case of tender guarantees :

   a upon acceptance by the beneficiary of the tender by the award of the contract to the principal and, if so provided for in the written contract, or , if on contract has been signed and it is so provided for in the tender, the production by the principal of a performance guarantee or, if no such guarantee is required, the signature by the principal of the contract, the tender guarantee issued on his behalf ceases to be valid.

   b a tender guarantee also ceases to be valid if and when the ccontract to which it relates is awarded to another tenderer, whether or not that tenderer meets the requirements referred to in para. 2 (a) of this Article.

Article 6

Return of guarantee

When a guarantee has ceased to be valid in accordance with its own terms and conditions or with these Rules, retention of the document embodying the guarantee does not in itself confer any rights upon the beneficiary, and the document should be returned to the guarantor without delay.

Article 7

Amendments to contracts and guarantees

1. A tender guarantee is valid only in respect of the original tende submitted by the principal and does not apply in the case of any amendment thereto, onr is it valid beyond the expiry date specified in the guarantee or provided for by these Rules, unless the guarantor has given notice in writing or by cable or telegram or telex to the beneficiary that the guarantee so applies or that the expiry date has been extended.

2. A performance guarantee or a repayment guarantee may sitpulate that it shall not be valid in respect of any amendment to the contract, or that the guarantor be notified of any such amendment for his approval. Failing such a stipulation, the guarantee is valid in respect of the obligations of the principal as expressed in the contract and any amendment thereto. However, the guarantee shall not be valid in excess of the amount or beyond the expiry date specified in the guarantee or provided for by these Rules, unless the guarantor has given notice in writing or by cable or telegram or telex to the beneficiary that the amount has been increased to a stated figure or that the expiry date has been extended.

3. Any amendment made by the guarantor in the terms and conditions of the guarantee shall be effective in respect of the beneficiary only if agreed to by the beneficiary and in respect of the principal or the instructing party, as the case may be, only if agreed to by the principal or the instructing party, as the case may be.

Article 8

Submission of claim

1. A claim under a guarantee shall be made in writing or by cable or telegram or telex to be received by the guarantor not later than on the expiry date specified in the guarantee or provided for by these Rules.

2. On receipt of a claim the guarantor shall notify the principal or the instructing party , as the case may be, without delay, of such claim and of any documentation received.

3. A claim shall not be honoured unless

a it has been made and received as required by para. 1 of this Article; and

b it is supported by such documentation as is specified in the guarantee or in these Rules; and

c such documentation is presented within the period of time after the receipt of a claim specified in the guarantee, or failing such a specification, as soon as practicable, or, in the case or documentation of the beneficiary himself, at the latest within six months from the receipt of a claim.

In any event, a claim shall not be honoured if the guarantee has ceased to be valid in accordance with its own terms or with these Rules.

Article 9

Documentation to support claim

If a guarantee does not specify the documentation to be produced in support of a claim or merely specifies only a statement of claim by the beneficiary, the beneficiary must submit :

a in the case of a tender guarantee, his declaration that the principal's tender has been accepted and that the principal has then either failed to sign the contract or has failed to submit a performance guarantee as provided for in the tender , and his declaration of agreement, addressed to the principal, to have any dispute on any claim by the principal for payment to him by the beneficiary of all or part of the amount paid under the guarantee settled by a judicial or arbitral tribunal as specified in the tender documents or, if not so specified or otherwise agreed upon, by arbitration in accordance with the Rules of the ICC Court of Arbitration or wiht the UNCITRAL Arbitration Rules, at the option of the principal;

b in the case of a performance guarantee or of a repayment guarantee, either a court decision or an arbitral award justifying the claim,

or the approval of the principal in writing to the claim and the amount to be paid.

Article 10

Applicable law

If a guarantee does not indicate the law by which it is to be governed, the applicable law is that of the guarantor's place of business. If the guarantor has more than one place of business, the applicable law is that of the branch which issued the guarantee.

Article 11

Settlement of disputes

1. Any disputes arising in connection with the guarantee may be referred to arbitration by agreement between the guarantor and the beneficiary, either in accordance with the Rules of the ICC Court of Arbitration, the UNCITRAL Arbitration Rules or such other rules of arbitration as may be agreed between the guarantor and the beneficiary.
2. If a dispute between the guarantor and the beneficiary which touches upon the rights and obligations of the principal or the instructing party is referred to arbitration , the principal or the instructing party shall have the right to intervene in such arbitral proceedings.
3. If the guarantor and the beneficiary have not agreed to arbitration or to the jurisdiction of any specific court, any dispute between them relating to the guarantee shall be settled exclusively by the competent court of the country of the guarantor's place of business or, if the guarantor has more than one place of business, by the competent court of the country of his main place of business or, at the option of the beneficiary, by the competent court of the country of the branch which issued the guarantee.

ICC

Uniform Rules For

Demand Guarantees

A. SCOPE AND APPLICATION OF THE RULES

Article 1

These Rules apply to any demand guarantee and amendment thereto which a Guarantor (as hereinafter described) has been instructed to issue and which states that it is subiecl to the Uniform Rules for Demand Guarantees of the International Chamber of Commerce (Publcation No .458) and are binding on all parties thereto except as otherwise expressly stated in the Guarantee or any amendent thereto.

B. DEFINITIONS AND GENERAL PROVISIONS

Article 2

a) For the purpose of these Rules, a demand guarantee (herenafter referred to as " Guarantee ") means any guarantee, bond or other payment undertaking, however named or described, by a bank, insurance company or other body or person (hereinafter called " the Guarantor ") given in writing for the payment of money on presentation in conformity with the terms of the undertaking of a written demand for payment and such other document (s) (for exampla, a certificate by an archtect or engineer , a judgment or an arbitral award) as may be specified in the Guarntee, such undertakng being given:

(i) at the request or on the instructions and under the liability of a party (hereinafter called " the Principal ") ; or

(ii) at the request or on the instructions and under the liability of a bank, insurance company or any other body or person (hereinafter " the Instructing Party ") acting on the instructions of a Principal to another party (hereinafter the " Beneficiary ").

b) Guarantees by their nature are separate transactlons from the contract(s) or tender conditions on which they may be based , and Guarantors are in no way concerned with or bound by such contract(s), or tender conditions, despite the inclusion of a reference to them in the Guarantee. The duty of a Guarantor under a Guarantee is to pay the sum or sums therein stated on the presentation of a written demand for payment and other documents specified in the Guarantee which appear on their face to be in accordance with the terms of the Guarantee.

c) For the purpose of these Rules " Counter - Guarantee " means any guarantee. bond or other payment undertaking of the Instructing Party, however named or described, given in writing for the payment of money to the Guarantor on presentation in conformity with the terms of the undertaking of a written demand for payment and other documents specified in the Counter - Guarantee which appear on their face to be in accordance with the terms of the Counter-Guarantee. Counter - Guarantees are by their nature separate transactions from the Guarantees to which they relate and from any underlying contract(s) or tender conditions, and Insructing Partles are in no way concerned with or bound by such Guarantees, contract(s) or tender conditions, despite the inclusion of a reference to them in the Counter-Guarantee .

d) The expressions " writing " and " written " shall include an authenticated teletransmission or tested electronic data interchange ("EDI") message equivalent thereto.

Article 3

All instructions for the issue of Guarantees and amendments thereto and Guarantees and amendments themselves should be clear ard precise and should avoid excessive detail. Accordingly , all Guarantees should stipulate :

a) the principal;

b) the Beneficiary;

c) the Guarantor;

d) the underlying transaction requiring the issue of the Guarantee;

e) the maximum amount payable and the currency in which it is payable;

f) the Expiry Date and/or Expiry Event of the Guarantee;

g) the terms for demanding payment;

h) any provision for reduction of the guarantee amount.

Article 4

The Beneficiary's right to make a demand under a Guarantee is not assignable unless expressly stated in the Guarantee or in an amendment thereto.

This Article shall not, however, affect the Benaficiary's right to assign any proceeds to which he may be , or may become entitled under the Guarantee.

Article 5

All Guarantees and Counter-Guarantees are irrevocable unless otherwise indicated.

Article 6

A Guarantee enters into effect as from the date of its issue unless its terms expressly provide that such entry into effect is to be at a later date or is to be subject to conditions specified in the Guarantee and determinable by the Guarantor on the basis of any documents therein specified.

Article 7

a) Where a Guarantor has been given instructions for the issue of a Guarantee but the instructions are such that, if they were to be carried out, the Guarantor would by reason of law or regulation in the country of issue be unable to fulfil the terms of the Guarantee, the instructions shall not be executed and the Guarantor shall immediately inforn the party who gave the Guarantor his instructions by telecommunication or, if that is not possible , by other expeditious means, of the reasons for such inability and request appropriate instructions from that party.

b) Nothing in this Article shall oblige the Guarantor to issue a Guarantee where the Guarantor has not agreed to do so .

Article 8

A Guarantee may contain express provision for reduction by a specified or determinable amount or amounts on a specified date or dates or upon presentation to the Guarantor of the docament (s) specified for this purpose in the Guarantee.

C. LIABILITIES AND RESPONSIBILITIES

Article 9

All documents specified and presented under a Guarantee, including the demand, shall be examined by the Guarantor with reasonable care to ascertain whether or not they appear on their face to conform with the terms of the Guarantee. Where such documents do not appear so to conform or appear on their face to be inconsistent with one another, they shall be refused.

Article 10

a) A Guarantor shall hava a reasonable time within which to examine a demand under a Guarantee and to decide whether to pay or to refuse the demand.

b) If the Guarantor decides to refuse a demand he shall immediately give notice thereof to the Beneficiary by teletransmission or, if that is not possible, by other expeditious means, Any documents presented under the Guarantee shall be held at the disposal of the Beneficiary.

Article 11

Guarantors and Instructing Parties assume no liability or responsabiliy for the form, authenticity, accuracy, genuineness, falsification, or, legal effect of any document presented to them or for the general and/or particular statements made therein, nor for the good faith or acts or omissions of any person whomsoever.

Article 12

Guarantors and lnstructing Partles assume no liability or responsibility for the consequences arising out of delay and/or loss in transit of any messages, letters, demands or documents or for delay, mutilation

or other errors arising in the transmission of any telecommunication. Guarantors and Instructing Parties assume no liability for errors in translation or interpretation of technical terms and reserve the right to transmit Guarantee texts or any parts thereof without translating them.

Article 13

Guarantors and Instructing Parties assume no liability or responsibility for consequences arising out of the interruption of their business by acts of God, riots, civil commotions, insurrections, wars or any other causes beyond their control or by strikes, lock-outs or industrial actions of whatever nature.

Article 14

a) Guarantors and Instructing Parties utilising the services of another party for the purpose of giving effect to the instructions of a Principal do so for the account and at the risk of the Principal.

b) Guarantors and Instructing Parties assume no liability or responsibility should the instructions they transmit not be carried out even if they have themselves taken the initiative in the choice of such other pary.

c) The Principal shall be liable to indemnify the Guarantor or the Instructing Party. as the case may be against all obligations and responsibilities imposed by foreign laws and usages.

Article 15

Guarantors and Instructing Parties shall not be excluded from liability or responsibility under the terms of Articles 11, 12 and 14 above for their failure to act in good faith and with reasonable care.

Article 16

A Guarantor is liable to the Beneficiary only in accordance with the terms specified in the Guarantee and any amendment (s) thereto and in these Rules and up to an amount not exceeding that stated in the Guarantee and any amendment (s) thereto.

D. DEMANDS

Article 17

Without prejudice to the terms of Article 10, in the event of a demand the Guarantor shall without deley so inform the Principal or, where applicable, his lnstructing Party, and in that case the lnstrucing Party shall so inform the Principal.

Article 18

The amount payable under a Guarantee shall be reduced by the amount of any payment made by the Guarantor in satisfaction of a demand in respect thereof and , where the maximum amount payabla under a Guarantee has been satisfied by payment and/or reduction, the Guarantee shall thereupon terminate whether or not the Guarantee and any amendment (s) thereto are returned.

Article 19

A demand shall be made in accordance with the terms of the Guarantee before its expiry, that is, on or before its Expiry Date and before any Expiry Event as defined in Article 22. In particular, all documents specified in the Guarantee for the purpose, of the demand , and any statement required by Article 20 shall be presented to the Guarantor before its expiry, at its place of issue, otherwise the demand shall be refused by the Guarantor.

Article 20

a) Any demand for payment under the Guarantee shall be in writing and shall (In addition to such other documents as may be specified in the Guarantee) be supported by a written statemet (whether in the demand itself or in a separate document or documents accompanying the demand and referred to in it) stating:

(i) that the Principal is in breach of his obligation (s) under the underlying contract (s) or, in the case of a tender guarantee, the tender conditions; and

(ii) the respect in which the Principal is in breech.

b) Any demand under the Counter - Guarantee shall be supported by a written statement that the Guarantor has received a demand for payment under the Guarantee in accordance with its terms and with this Article.

c) Paragraph (a) of this Article applies except to the extent that it is expressly excluded by the terms of the Guarantee. Paragraph (b) of this Article applies except to the extent that it is expressly excluded by the terms of the Counter - Guarantee.

d) Nothing in this Article affects the application of Articles 2(b) and 2(c), 9 and 11

Article 21

The Guarantor shall without delay transmit the Beneficiary's demand and any related documents to the Principal or where applicable, to the Instructing Party for transmission to the Principal.

E. EXPIRY PROVISIONS

Article 22

Expiry of the time specified in a Guarantee for the presentation of demands shall be upon a specified calendar date (" Expiry Date ") or upon presentation to the Guarantor of the document (s) specified for the purpose of expiry (" Expiry Event ") If both an Expiry Date and an Expry Event are specified in a Guarantee the Guarantee shall expire on whichever of the Expiry Date or Fxpiry Event occurs first whether or not the Guarantee and any amendment (s) thereto are returned.

Article 23

Irrespective of any expiry provision contained therein, a Guarantee shall be cancelled on presentation to the Guarantor of the Guarantee itself or the Beneficiary's written statement of release from liability under the Guarantee, whether or not, in the latter case, the Guarantee or any amendments thereto are returned.

Article 24

Where a Guarantee has terminated by payment, expry, cancellation or otherwise, retention of the Guarantee or of any amendments thereto shall not preserve any rights of the Beneficiary under the Guarantee.

Article 25

Where to the knowledge of the Guarantor the Guarantee has terminated by payment, expiry, cancellation or otherwise or there has been a reduction of the total amount payable thereunder, the Gurantor shall without delay so notify the Principal or where applicable, the Instructing Party and in that case the Instructing Party shall so notify the Principal.

Article 26

If the Beneficiary requests an extension of the validity of the Guarantee as an alternative to a demand for payment submitted in accordance with the terms and conditions of the Guarantee and these Rules, the Guarantor shall without dalay so inform the party who gave the Guarantor his instructions. The Guarantor shall then suspend payment of the demand for such time as is reasonable to permit the Principal and the Beneficiary to reach agreement on the granting of such extension and for the Principal to arrange for such extension to be issued.

Unless an extension is granted within the time provided by the preceding paragraph, the Guarantor is obliged to pay the Beneficiary's conforming demand without requiring any further action on the Beneficiary's part. The Guarantor shall incur no liability (for interest or otherwise) should any payment to the Beneficiary be delayed as a result of the above - mentioned procedure.

Even if the Princlpal agrees to or requests such extension, it shall not be granted unless the Guarantor and the lnstructing Party or Parties also agree thereto.

F. GOVERNING LAW AND JURISDICTION

Article 27

Unless otherwise provided in the Guarantee or Counter - Guarantee, its governing law shall be that of the place of business of the Guarantor or lnstructing Party (as the case may be) , or if the guarantor or lnstructing Party has more than one place of business, that of the branch that issued the Guarantee or Counter - Guarantee.

Article 28

Unless otherwise provided in the Guarantee or Counter - Guarantee any dispute between the Guarantor and the Beneficiary relating to the Guarantee or between the lnstructing Party and the Guarantor relating to the Counter - Garantee shall be Settled exclusively by the competent court of the the country of the place of business of the Guarantor or lnstsucting Party (as the case may be), or , if the Guarantor or lnstructing Party has more than one place of business by the competent court of the country of the branch which issued the Guarantee or Counter - Guarantee.

الفهرس

الفصل الثالث : ضمانات مشترى المشروع الدولى

الفصل الخامس

تأمين العطاء بين اليونسيترال النموذجى والقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية .

مطبعة الجبلاوى
٢٠٢ شارع الترعة البولاقية - شبرا ت : ٦٨١٨٩٥

رقم الإيداع بدار الكتب ٧٠٤٧/١٩٩٥
I. S. B. N. 977 - 00 - 9410 - 2



الموسوعة القانونية للإستثمارات والعقود الدولية

تستهدف مطبوعات « الموسوعة القانونية للإستثمارات والعقود الدولية » تلبية حاجة المكتبة العربية الى إستجلاء « الجوانب القانونية للتجارة الدولية » .

وهذا المجال الإقتصادى والقانوني الحيوي يرتكن بالأخص الي عديد من الوثائق الدولية التي - رغم أهميتها - يفتقدها الباحث علي المستوي المحلي ، بينما تنشغل بها أكثر من منظمة وهيئة وجمعية دولية ، تعكف علي هذه الوثائق ، سواء بالإعداد أو التجميع أو الدراسة أو التطبيق أو فض المنازعات التي تنشأ عن التعامل بها ، مما أوجد ذخيرة علمية لا يستهان بها وتستأهل من الدارسين كل العناية .

وقد تزايدت أهمية هذه الوثائق بالنسبة للعالم العربي ، وعلي الأخص بعد أن إتجه الي إبرام عديد من إتفاقيات وعقود الإستثمار مع رؤوس الأموال الأجنبية بحيث أصبح توفير هذه الوثائق بين أيدي المشتغلين في مجالات الإستثمار والتجارة والمسئولين عن مشروعات التنمية في البلاد العربية ضرورة ملحة .

وقد أخذت « الموسوعة القانونية للعقود والإستثمارات الدولية » علي عاتقها المبادرة الي النهوض بهذه الخدمة القومية الجديدة وتتمثل في إصدار سلسلة من المطبوعات العلمية والعملية تتضمن نخبة من الوثائق والبحوث في المجالات التي أشرنا اليها .

وتبدأ « الموسوعة القانونية للعقود والإستثمارات الدولية » بتقديم الوثائق والبحوث الآتية :

* لائحة مناقصات البنك الدولي .
* العقود الإستشارية علي ضوء لائحة البنك الدولي لاستخدام الإستشاريين .
* التعاقد الدولي وتجهيز مشروعات التنمية (اختيار المتعاقد)
* التعاقد الدولى وتجهيز مشروعات التنمية (ضمان المستحقات)
* اتفاقية ڤيينا لبيع البضائع الدولي .
* عقد المقاولة الدولي .
* التحكيم في المنازعات التجارية الدولية .